



WORKING PAPER SERIES

CEEApIA WP No. 13/2009

Directiva 2005/29/CE sobre Prácticas Comerciales Desleales: La Protección de los Consumidores en Europa (II Parte)

Silvana Newman Rodríguez

October 2009

**Directiva 2005/29/CE sobre Prácticas Comerciales
Desleales: La Protección de los Consumidores en
Europa (II Parte)**

Silvana Newman Rodríguez

Universidad Pompeu Fabra
Barcelona, España

Working Paper n.º 13/2009
Outubro de 2009

RESUMO/ABSTRACT

Directiva 2005/29/CE sobre Prácticas Comerciales Desleales: La Protección de los Consumidores en Europa (II Parte)

Directive 2005/29 on unfair commercial practices persecutes the construction of general a regulating frame with a view to obtaining a homogenous protection of the European consumer, as well as the elimination of the barriers in the inner market in the European Union. To this aim, the communitarian legislator has devised a norm that he looks for to consolidate the confidence of the consumer in the internal market and the access of the consumers to the border interchange, which at the same time contributes to increase the competition and the efficiency within the internal market. In the development of these objectives one granted to the Directive very ample contours. Then, in this analysis the scope of application of the Directive is examined, the concepts commercial practices and their structure, in order to determine if indeed the Directive offers an opportunity to establish a uniform notion of commercial fairness, that benefits not only to the consumers but also the border commerce.

Keywords: Unfair Competition, Unfair Commercial Practices Directive 2005/29/CE, misleading practices, aggressive commercial practices, consumer protection.

Silvana Newman Rodríguez
Universidad Pompeu Fabra,
Barcelona, España

Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales¹: la protección de los consumidores en Europa. (II Parte)

Silvana Newman Rodríguez²

Sumario: IX. Las prácticas comerciales engañosas. X. Prácticas comerciales engañosas bajo cualquier circunstancia. XI. Prácticas comerciales agresivas. XII. Prácticas agresivas bajo cualquier circunstancia. XIII. Las prohibiciones de prácticas comerciales engañosas y agresivas: su relación con la prohibición general. IX. Conclusiones.

IX. Las prácticas comerciales engañosas

La Directiva 2005/29/CE distingue las prácticas comerciales engañosas en acciones engañosas y omisiones engañosas.

A. Las acciones engañosas.

a. Definición

El artículo 6 de la Directiva 2005/29/CE dispone que una acción puede ser engañosa si contiene informaciones falsas o cuando, en la forma que sea, incluida su presentación general induzca o pueda inducir de otra forma en error al consumidor medio, sobre determinados elementos (la existencia, naturaleza y características de un producto, el alcance de los compromisos del agente comercial, el precio o su modo de fijación, la necesidad de un servicio o de una pieza, los derechos del agente comercial, así como a los del consumidor, etc.), incluso si las informaciones propuestas son correctas y en cualquier caso, si por su causa, el consumidor toma una decisión sobre una transacción³ que no habría tomado en otras circunstancias⁴.

¹ Directiva 2005/29/CE, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, y el Reglamento (CE) nº 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo (en adelante Directiva 2005/29/CE) Vid. Diario Oficial L 149/28 de 11 de junio de 2005.

² Doctoranda del Programa de Doctorado en “Derecho Patrimonial” de la Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, España. Master Lvcentinus en Marcas, patentes, derechos de autor y diseños de la Universidad de Alicante, España. DEA en Derecho Mercantil por la Universidad Pompeu Fabra. Profesor Titular de la Universidad de Los Andes, Mérida, Venezuela.

³ El legislador comunitario en el artículo 2.k) de la Directiva 2005/29/CE la define así “decisión sobre una transacción”: “toda decisión por la que un consumidor opta por comprar o no un producto y resuelve de qué manera y en qué condiciones efectúa la compra, si realiza un pago íntegro o parcial, si conserva un producto o se deshace de él y si ejerce un derecho contractual en relación con dicho producto, tanto si el consumidor opta por actuar como por abstenerse de actuar”

Se considerará también engañosa toda práctica comercial que, en su contexto fáctico y teniendo en cuenta todas sus características y circunstancias, haga o pueda hacer que el consumidor medio tome una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado, que suponga cualquier operación de comercialización de un producto, incluida la publicidad comparativa, que cree confusión con cualesquiera productos, marcas registradas, nombres comerciales u otras marcas distintivas de un competidor, o bien, el incumplimiento por parte del agente comercial de compromisos incluidos en códigos de conducta que se haya comprometido a respetar, siempre y cuando: i) el compromiso no remita a una aspiración u objetivo sino que sea firme y pueda ser verificado, y ii) el agente comercial indique en una práctica comercial que está vinculado por el código⁵.

De esta forma se observa que la definición proporcionada por la Directiva 2005/29/CE contempla dos tipos de prácticas comerciales engañosas, a saber, aquellas conductas que inducen a error sobre extremos relevantes para la toma de decisiones del mercado, las que bien pueden considerarse como “supuestos de engaño en sentido

⁴ Artículo 6.1.de la Directiva 2005/29/CE “Se considerará engañosa toda práctica comercial que contenga información falsa y por tal motivo carezca de veracidad o aun cuando la información sea correcta en cuanto a los hechos, sobre uno o más de los siguientes elementos, y que en cualquiera de estos dos casos le haga o pueda hacerle tomar una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado: a) la existencia o la naturaleza del producto; b) las características principales del producto, tales como su disponibilidad, sus beneficios, sus riesgos, su ejecución, su composición, sus accesorios, la asistencia posventa al cliente y el tratamiento de las reclamaciones, el procedimiento y la fecha de su fabricación o suministro, su entrega, su carácter apropiado, su utilización, su cantidad, sus especificaciones, su origen geográfico o comercial o los resultados que pueden esperarse de su utilización, o los resultados y características esenciales de las pruebas o controles efectuados al producto; c) el alcance de los compromisos del agente comercial, los motivos de la práctica comercial y la naturaleza del proceso de venta, así como cualquier afirmación o símbolo que indique que el agente comercial o el producto son objeto de un patrocinio o una aprobación directos o indirectos; d) el precio o su modo de fijación, o la existencia de una ventaja específica con respecto al precio; e) la necesidad de un servicio o de una pieza, sustitución o reparación; f) la naturaleza, las características y los derechos del agente comercial o su agente, tales como su identidad y su patrimonio, sus cualificaciones, su situación, su aprobación, su afiliación o sus conexiones y sus derechos de propiedad industrial, comercial o intelectual, o los premios y distinciones que haya recibido; g) los derechos del consumidor, incluidos los derechos de sustitución o de reembolso previstos por la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, o los riesgos que pueda correr”.

⁵ Artículo 6.2. de la Directiva 2005/29/CE “También se considerará engañosa toda práctica comercial que, en su contexto fáctico, y teniendo en cuenta todas sus características y circunstancias, haga o pueda hacer que el consumidor medio tome una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado, y que suponga: a) cualquier operación de comercialización de un producto, incluida la publicidad comparativa, que cree confusión con cualesquiera productos, marcas registradas, nombres comerciales u otras marcas distintivas de un competidor; b) el incumplimiento por parte del agente comercial de compromisos incluidos en códigos de conducta que aquél se haya obligado a respetar, siempre y cuando: i) el compromiso no remita a una aspiración u objetivo sino que sea firme y pueda ser verificado, y ii) el agente comercial indique en una práctica comercial que está vinculado por el código”.

estricto”⁶, y, ciertos supuestos de confusión, incluyendo la publicidad comparativa. La determinación del carácter engañoso de las informaciones suministradas en las prácticas comerciales debe establecerse desde la perspectiva del consumidor medio. Asimismo, a los fines de calificar la deslealtad de una práctica comercial, no hay que perder de vista, tal y como se precisa en la propia definición, que una información puede tener carácter engañoso a pesar de ser objetivamente correcta⁷.

b. Supuesto de engaño: información falsa o falaz e inducción a error

El primer supuesto que contempla el legislador comunitario en el artículo 6 de la Directiva 2005/29/CE hace referencia a los supuestos de engaño en sentido estricto, los cuales recogen aquellas prácticas comerciales basadas en información falsa o falaz, o que contengan información que induzca o pueda inducir a error a los consumidores, en ambos casos, sobre ciertos extremos que pueden ser determinantes para influir su conducta de mercado, decisión ésta, que de no existir tales prácticas, los consumidores no habrían tomado. Dentro de este supuesto destaca, desde el punto de vista objetivo, la presencia en la práctica comercial de información falsa⁸ o falaz, y de información adecuada para inducir a error⁹ a los consumidores.

Ahora bien, en relación con la difusión de la información falsa o falaz hay que decir que la misma sólo puede considerarse desleal cuando recae sobre uno de los extremos considerados relevantes por la propia Directiva 2005/29/CE, y que se enumeran en la lista del artículo 6.1 letras de la a) a la g), y cuando efectivamente influye o puede influir en la conducta de mercado de los consumidores, y ello es así porque si la información objetivamente falsa no se entiende o pasa desapercibida no puede resultar engañosa¹⁰. En este supuesto se pone de relieve el principio de la veracidad como eje fundamental del Derecho de la competencia desleal, puesto que es

⁶ Vid. Massaguer, J. El nuevo derecho contra la competencia desleal. La Directiva 2005/29/CE sobre las Prácticas Comerciales Desleales, ed. Thomson-Civitas, 2006, p. 103

⁷ Vid. Fernández Novoa, C. “La Directiva Comunitaria sobre prácticas comerciales desleales”, Diario La Ley, nº 6408, 26 de enero de 2006, ref. D-24, p.1338.

⁸ Vid. Massaguer, J. El nuevo derecho contra la competencia desleal..., *ob. cit.*, p. 104, para quien “La información falsa es aquella que no se corresponde con la realidad de las cosas y, por ello, es inveraz”.

⁹ Vid. *idem*, p. 104-105, para quien: “La información adecuada para inducir a error es aquella otra que es exacta u objetivamente correcta (esto es, que se corresponde efectivamente con la realidad de las cosas) pero, ello no obstante, transmite o puede transmitir una incorrecta representación de la realidad o generar infundadas expectativas”.

¹⁰ Vid. *idem*, p. 105.

indiscutible que el mismo constituye un postulado que garantiza la competencia basada en las propias prestaciones, asegurando la transparencia del mercado, razón por la cual, el legislador comunitario, obliga a los empresarios a presentar sus ofertas de manera clara y veraz, evitando el engaño de los consumidores. Este mismo razonamiento acompaña a la prohibición de emitir mensajes publicitarios engañosos. En este caso la veracidad garantiza al consumidor que puede acceder a información cierta, a fin de elegir la oferta que le resulte más conveniente¹¹.

Por su parte, en el supuesto de que la práctica comercial esté basada en información adecuada para inducir a error, lo importante no es la veracidad de la información que se comunique a los consumidores, sino lo que de cierto o verosímil perciben los destinatarios, es decir, la falsa percepción que la información causa en el consumidor. De ahí que no sea relevante la veracidad o no de la información, lo que realmente importa es el convencimiento incorrecto del consumidor medio. En consecuencia, a los fines de valorar la percepción del consumidor se han de considerar las circunstancias de hecho, internas y externas que rodean la información, el momento de su difusión y recepción, la clase de consumidor en función de la práctica enjuiciada, bien sea que se trate de un consumidor medio del grupo al que se dirige la práctica comercial o bien del consumidor de referencia de aquel grupo de consumidores especialmente vulnerables¹².

c. Algunas prácticas comerciales engañosas contenidas en el artículo 6 de la Directiva 2005/29/CE

La Directiva 2005/29/CE acopia por medio de un exhaustivo listado¹³ una serie de extremos¹⁴ sobre los que debe recaer la práctica comercial falsa o falaz, o el error

¹¹ Vid. Fernández Novoa, C. “La Directiva Comunitaria sobre prácticas comerciales desleales”, Diario La Ley, nº 6408, 26 de enero de 2006, ref. D-24, p.1337, y Cdo. (14) de la Directiva 2005/29/CE que a este respecto señala: “Es conveniente que se consideren prácticas comerciales engañosas aquellas prácticas, incluida la publicidad engañosa, que al inducir a engaño al consumidor, le impiden elegir con el debido conocimiento de causa y, en consecuencia, de manera eficiente”

¹² Vid. *idem*.

¹³ Vid. artículo 6.1, letras de la a) a la g) de la Directiva 2005/29/CE

¹⁴ Para Massaguer, J. El nuevo derecho contra la competencia desleal..., *ob. cit.*, p. 103, “En particular, estos extremos son los que en su día se recogieron en el catálogo de circunstancias a las que principalmente debía atenderse para establecer si la publicidad considerada era engañosa según el artículo 3.3 de la Directiva 84/450/CEE (características principales de los bienes y servicios, precio y condiciones de suministro, naturaleza, características y derechos del anunciante), que en algunos casos –en la línea de minuciosidad que caracteriza a la Directiva– se han precisado o concretado hasta niveles de detalle mínimo (como se ha hecho por medio de las relaciones, en este caso abiertas, que acompañan a la

determinante del engaño desleal, enunciando aquellos aspectos sobre los que la falsedad de la información o la falsa representación de la realidad es suficiente para inducir el comportamiento económico de los consumidores y llevarlos a adoptar decisiones de mercado que bajo otras circunstancias no habrían adoptado. De estos extremos, destacan como novedad, la existencia o naturaleza del producto, el alcance de los compromisos del anunciante, la necesidad de un servicio o de una pieza, sustitución o reparación, y los derechos del consumidor; y se agregan otros como el incumplimiento por parte del agente comercial de compromisos incluidos en códigos de conducta¹⁵. El carácter exhaustivo del listado se desprende de la indicación empleada por el legislador comunitario en el artículo 6.1 de la Directiva 2005/29/CE, al señalar como engañosa toda práctica comercial falsa o que pueda inducir a error “sobre uno o más de los siguientes elementos”, listando seguidamente los aspectos sobre los que puede versar la práctica comercial, sin referencia de ninguna clase a elementos enunciativos y sin ninguna mención a la posibilidad de la existencia de toma de decisiones por parte de los consumidores sin la práctica comercial considerada¹⁶. No obstante ello, y tomando en consideración la orientación armonizadora de la Directiva 2005/29/CE, siempre existirá la oportunidad de acceder a la prohibición general para llenar los vacíos que hubiera podido dejar el listado¹⁷, de tal modo que si se han omitido algunas prácticas ello no significa que se admitan; por el contrario, si contienen información falsa o son adecuadas para inducir a error y llevar al consumidor a tomar decisiones distintas de las que sin ellas habría tomado, entonces son reprochables.

d. Pertinencia de la información para inducir a error al consumidor o información falsa que pueda influir en la formación de preferencias del consumidor

referencia a las características principales de bienes y servicios y a la referencia a la naturaleza, características y derechos del anunciante)”.

¹⁵ Vid. apdo. 1) del Anexo I de la Directiva 2005/29/CE donde se señala que constituye una práctica comercial engañosa la sola afirmación falsa de ser signatario de un código de conducta. También lo es el incumplimiento de los códigos de conducta en los casos previstos en el artículo 6.2.b) de la Directiva 2005/29/CE.

¹⁶ Vid. Massaguer, J. El nuevo derecho contra la competencia desleal..., *ob. cit.*, p. 106-107, quien además señala: “Esta aproximación (solución que se aparta de la adoptada en los artículos 2.2 y 3 de la Directiva 84/450/CEE) no parece ser en ningún caso un mérito de la Directiva: por más generales que sean los términos empleados para definir los elementos que componen esta lista y por más plausibles que sean los objetivos de armonizar la legislación de los Estados miembros tan plenamente que no quepan resquicios para una práctica divergente y de lograr la mayor seguridad jurídica, no parece dudoso que el carácter cerrado de la relación de extremos sobre los que puede recaer el error desleal no es lo más favorable para la intensa protección de los intereses de los consumidores a que se aspira (ni para preservar la transparencia en el mercado, ni por ello para asegurar el éxito de la competencia por eficiencia)”.

¹⁷ Vid. *idem*.

Como ha quedado advertido, la práctica comercial que contiene información falsa o que es adecuada para inducir a error sobre cualquiera de los aspectos señalados en el artículo 6 de la Directiva 2005/29/CE será desleal si es apropiada para influir al consumidor en la toma de decisiones sobre la contratación de bienes o servicios y condiciones de contratación, que de otro modo no hubiera adoptado¹⁸. No obstante ello, la pertinencia de la información para inducir a error o la información falsa que puedan influir en la formación de preferencias o en la elección de un determinado oferente, si pueden ser superadas antes de la contratación definitiva, de manera que no influyan en la transacción final, no darán lugar al engaño desleal¹⁹. Sin embargo, no se descarta la posibilidad de que las empresas afectadas por estas prácticas comerciales puedan combatirlas a través de la Directiva 2006/114, al ser consideradas como publicidad engañosa.

e. Supuesto de engaño: Operación de comercialización que genere confusión

Como está señalado, dentro del elenco de prácticas comerciales engañosas tratadas por el artículo 6 de la Directiva 2005/29/CE destacan aquellas que en su contexto fáctico, y teniendo en cuenta todas sus características y circunstancias, hagan o puedan hacer que el consumidor medio tome una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado, y que suponga cualquier operación de comercialización de un producto que genere confusión con cualesquiera productos, marcas registradas, nombres comerciales u otras marcas distintivas de un competidor²⁰. En este aparte el legislador comunitario se refiere a “cualquier operación de comercialización de un producto”. Se ha entendido que la referencia a operaciones de comercialización tiene por objeto aclarar cualquier duda acerca de aquellas conductas que podrían encontrarse entre las prácticas comerciales y en un momento determinado crear confusión y, por

¹⁸ Vid. *idem*. p. 108, quien al respecto señala: “La introducción de este elemento en el reproche del engaño desleal, con todo, no carece de mérito. En efecto, de esta forma se asegura, en línea con la propia prohibición general, que el ámbito de la ilicitud se contrae a las prácticas que, por su naturaleza, objeto, contenido y circunstancias de realización y difusión, resultan adecuadas para influir negativamente en las elecciones de los consumidores, esto es, que pueden ser, razonablemente, tenidas en cuenta por los consumidores al decidir su comportamiento económico (Vid. artículo 5.3 in fine de la Directiva 2005/29/CE)...(*omissis*) Y ello, sin duda, y unido al amparo que se presta a la exageración publicitaria y a la utilización de expresiones de las que no se pretenda una interpretación literal (artículo 5.3 in fine de la Directiva 2005/29/CE), redundará en beneficio de la creatividad e innovación en el ámbito de las prácticas comerciales, y, en especial, de las comunicaciones comerciales y, en este sentido, favorece la intensidad de la competencia en la captación de la atención y favor de los consumidores y ofrece un campo en el que los nuevos entrantes pueden competir con las empresas establecidas más fácilmente”.

¹⁹ Vid. *idem*, p. 108

²⁰ Vid. artículo 6.2.a) en concordancia con el artículo 6.1.b) y f) de la Directiva 2005/29/CE.

ello, ser engañosas. Al respecto pueden señalarse como tales conductas: el ofrecimiento directo y la exposición para la venta o la contratación de productos y servicios a través de un canal de distribución²¹.

El hecho de que el legislador comunitario se refiera a las marcas, nombres comerciales u otros signos distintivos como extremos sobre los cuales puede versar la confusión, lleva a concluir que la Directiva 2005/29/CE hace referencia a la confusión acerca del origen o procedencia empresarial de los productos o servicios, así como de la circunstancia de catalogar al origen comercial como característica sobre la que puede recaer la falsedad o el error determinante del carácter engañoso de una práctica comercial²². De acuerdo con la Directiva 2005/29/CE, los casos de confusión que pueden constituir una práctica comercial desleal son: confusión con cualesquiera productos, confusión con marcas registradas, confusión con nombres comerciales o confusión con otros signos distintivos. De esta forma, caen dentro del ámbito de las prácticas comerciales aquellos actos que infringen los derechos subjetivos de los titulares de las marcas y los nombres comerciales, así como las infracciones a los signos distintivos no registrados, como las marcas y los nombres comerciales no registrados, los rótulos, la presentación comercial de los productos, los títulos, las creaciones publicitarias, etc.²³.

Claramente que todo ello se desarrolla respetando la relación de complementariedad relativa de los sistemas de protección jurídica de marcas y de represión de la competencia desleal, es decir, respetando la aplicación preferente de la Ley de Marcas a los conflictos surgidos con signos registrados o simplemente usados, y la aplicación subsidiaria de la legislación de competencia desleal, reservada a aquellos casos en los que la utilización del signo distintivo escapa del ámbito de *ius prohibendi* concedido o cuando la utilización indebida del signo distintivo perjudica a quien carece de legitimación para el ejercicio de las acciones que otorga el sistema de marcas²⁴.

²¹ Al respecto, Vid. Massaguer, J. El nuevo derecho contra la competencia desleal..., *ob. cit.*, p. 110.

²² Vid. artículo 6.1.b) de la Directiva 2005/29/CE. Al respecto, Vid. Massaguer, J. El nuevo derecho contra la competencia desleal..., *ob. cit.*, p. 110, señala: “Desde esta perspectiva, la confusión a la que se refiere la Directiva como modalidad de práctica comercial engañosa coincide con la confusión que constituye un caso de competencia desleal...(*omissis*)”

²³ Vid. Massaguer, J. El nuevo derecho contra la competencia desleal..., *ob. cit.*, p. 111.

²⁴ Vid. *idem*, p.112, quien a este respecto señala: “En efecto y desde la perspectiva de los intereses protegidos por la Directiva, la inclusión de la confusión entre las prácticas comerciales engañosas con expresa referencia a signos registrados y no registrados, no completa la protección jurídica que el sistema

Sobre la base de esta norma, la Directiva 2005/29/CE permite a los consumidores oponerse al uso de una marca u otro signo distintivo cuando de ello resulta un riesgo de confusión, todo ello, sin recurrir al ejercicio de las acciones que otorga el Derecho de Marcas, para lo cual además, carecerían de legitimación activa para interponer una acción por violación. Ahora bien, si el engaño dirigido a los consumidores alcanza indirectamente a las empresas, a ellas se les ha de permitir, bajo este régimen, oponerse al uso de la marca u otro signo distintivo, cuando la protección otorgada por el Derecho de Marcas sea deficiente²⁵.

f. Engaño por confusión: Marketing imitativo

El engaño por confusión alcanza también a los actos de imitación. Ello procede de la alusión que hace el legislador comunitario a “los productos”, así como del expreso señalamiento de práctica desleal bajo cualquier circunstancia, de la promoción de un producto similar al producto de un determinado fabricante para inducir de manera deliberada al consumidor a creer que el producto procede de ese mismo fabricante no siendo cierto²⁶, y de aquellos casos en los que el error acerca de la procedencia empresarial se derive del producto en si mismo considerado, es decir, de su propia configuración²⁷. Sin embargo, hay que decir que la Directiva 2005/29/CE no constituye una limitación a la libertad de elección de los consumidores mediante la prohibición de promoción de productos que parecen similares a otros, salvo que esta semejanza confunda al consumidor en cuanto al origen comercial del producto y sea, por consiguiente, engañosa²⁸. De igual forma, sería contraria al amparo que se configura a través de la publicidad comparativa²⁹. En todo caso, en materia de imitación, se han de observar las circunstancias de facto, es decir, las condiciones en que se presenta la imitación en el mercado; sólo así se podrá valorar si la similitud entre el producto original y la imitación puede resultar en un riesgo de confusión³⁰.

de marcas ofrece al titular de los signos distintivos, sino que establece un medio de protección de los terceros no titulares de los signos distintivos cuyos intereses, como sucede justamente en el caso de los consumidores, se encuentran expuestos al riesgo del error que se siga de la indebida utilización de signos ajenos y, sin embargo, no encuentran amparo en el sistema de marcas”.

²⁵ *Vid. idem*, p.113

²⁶ *Vid.* Anexo 1, nº 13 de la Directiva 2005/29/CE.

²⁷ *Vid.* Massaguer, J. El nuevo derecho contra la competencia desleal..., *ob. cit.*, p. 113.

²⁸ *Vid.* Cdo. (14) de la Directiva 2005/29/CE

²⁹ *Vid.* artículo 14.3 de la Directiva 2005/29/CE, hoy transcrito al artículo 4 de la Directiva 2006/114/CE.

³⁰ *Vid.* Massaguer, J. El nuevo derecho contra la competencia desleal..., *ob. cit.*, p. 114.

g. Confusión que comprende el riesgo de asociación

La confusión a la que hace referencia el legislador comunitario en el artículo 6 de la Directiva 2005/29/CE recae sobre la confusión en sentido amplio, es decir, sobre aquella que comprende el riesgo de asociación. A esta conclusión se llega -aún cuando el legislador comunitario no se refiera expresamente al riesgo de asociación- de un examen de los apartados que comprende el artículo en cuestión, porque incluso cuando los supuestos planteados en el apartado 6.2.a) aludieran exclusivamente al riesgo de confusión en sentido estricto, no se ha de olvidar que por mandato general del artículo 6 la confusión se presenta como una de las modalidades del engaño, lo que no imposibilita que una práctica comercial que no pueda encuadrarse expresamente como confusión en el sentido del artículo 6.2.a), pueda considerarse bajo los supuestos de inducción a error sobre el origen comercial de los bienes o servicios del artículo 6.1.b) de la Directiva 2005/29/CE³¹, o bajo los supuestos de inducción a error sobre la naturaleza, las características y los derechos del comerciante o su agente, tales como su identidad y su patrimonio, sus cualificaciones, su situación, su aprobación, su afiliación o sus conexiones y sus derechos de propiedad industrial, comercial o intelectual, o los premios y distinciones que haya recibido, de conformidad con el artículo 6.1.f) de la Directiva 2005/29/CE. Este último supuesto se refiere a la confusión en sentido amplio, es decir, al riesgo de asociación³².

h. Inducción a confusión a través de la publicidad comparativa

³¹ Vid. Artículo 6.1.b) que señala: “las características principales del producto, tales como su disponibilidad, sus beneficios, sus riesgos, su ejecución, su composición, sus accesorios, la asistencia posventa al cliente y el tratamiento de las reclamaciones, el procedimiento y la fecha de su fabricación o suministro, su entrega, su carácter apropiado, su utilización, su cantidad, sus especificaciones, su origen geográfico o comercial o los resultados que pueden esperarse de su utilización, o los resultados y características esenciales de las pruebas o controles efectuados al producto”. Vid. Massaguer, J. El nuevo derecho contra la competencia desleal..., *ob. cit.*, p. 115, para quien este párrafo comprende el “riesgo de confusión en sentido estricto mediato”.

³² Vid. Massaguer, J. El nuevo derecho contra la competencia desleal..., *ob. cit.*, p. 115, para quien “...(omissis) tampoco se ha de impedir que, si no prosperara la tesis de que las prácticas comerciales que originan un riesgo de asociación son prácticas comerciales engañosas o contrarias a la prohibición general, la práctica que lo entraña, sobre la base de que induce a error y de que por ello puede ocasionar un perjuicio a otras empresas, sea considerada, y reprimida, como modalidad de publicidad engañosa al amparo de la Directiva 84/450/CEE o, en general, como práctica desleal según las normas internas contra la competencia desleal dictadas para la salvaguarda de los solos intereses de los competidores, y ello sin perjuicio de la protección y acciones de defensa que pueda otorgar el sistema de marcas, a las que el titular del signo distintivo debe otorgar preferencia para la tutela de los derechos que le corresponden en esa condición”.

Dentro de las prácticas comerciales que pueden ser engañosas por inducir a confusión, el legislador comunitario ha incluido a la publicidad comparativa³³. Como no podía ser menos, la publicidad comparativa, en lo que se refiere a la comparación, estará permitida cuando no sea engañosa³⁴, y siempre que no dé lugar a confusión con cualesquiera productos, marcas registradas, nombres comerciales u otras marcas distintivas de un competidor, tal como lo prevé el artículo 6.2.a)³⁵. De esta forma, la publicidad comparativa queda sometida al juicio general de deslealtad, garantizando a los consumidores el ejercicio de las acciones pertinentes contra las empresas que emplean esta práctica³⁶.

i. Disconformidad con los Códigos de Conducta

Otra de las prácticas comerciales desleales que el legislador comunitario incluyó en la Directiva 2005/29/CE es la relativa al incumplimiento de los llamados Códigos de Conducta que el agente comercial se haya obligado a respetar, siempre y cuando el compromiso del agente comercial sea firme y pueda ser verificado, y que indique en una práctica comercial que está vinculado por el Código³⁷. La propia Directiva 2005/29/CE los define como un “acuerdo o conjunto de normas no impuestas por disposiciones legales, reglamentarias o administrativas de un Estado miembro, en el que se define el comportamiento de aquellos agentes comerciales que se comprometen a cumplir el código en relación con una o más prácticas comerciales o sectores económicos

³³ Vid. artículo 6.2 a) de la Directiva 2005/29/CE.

³⁴ Y así se recoge de forma general en el artículo 4 de la Directiva 2006/114/CE que establece que la publicidad comparativa estará permitida siempre y cuando no sea engañosa con arreglo a lo dispuesto en el artículo 2, apartado b, el artículo 3 y el artículo 8, apartado 1, de la Directiva 2006/114/CE y en los artículos 6 y 7 de la Directiva 2005/29/CE.

³⁵ Vid. artículo 4.h) de la Directiva 2006/114/CE, que se aplica a la publicidad comparativa que da lugar a confusión entre agentes comerciales.

³⁶ Al respecto, Vid. Massaguer, J. El nuevo derecho contra la competencia desleal..., *ob. cit.*, p. 117, quien señala: “...(omissis) desde la óptica de la protección de los intereses de los consumidores ante la competencia desleal, la publicidad comparativa no ha de recibir un tratamiento singular, sino que debe someterse al juicio general de deslealtad y, más en particular, de que los riesgos que de común puede entrañar para los consumidores derivan de la falsedad de las afirmaciones realizadas o de su aptitud para inducir a error y, por tanto, de la inculcación de creencias y expectativas infundadas. Y a estas razones de fondo se suma, ahora en un plano operativo, la necesidad de salvar los efectos de la legitimación activa para combatir la publicidad comparativa desleal a empresas y competidores que, no obstante la referencia a los interesados legítimos de su inciso segundo, sugiere la nueva redacción del inciso primero del artículo 4.1 de la Directiva 84/450/CEE: la inclusión de la publicidad comparativa era en efecto precisa para asegurar a los consumidores acción contra las empresas que, mediante esta práctica, distorsionaran su comportamiento económico de forma sustancial e indebidamente y, en particular, de forma contraria a los requisitos de la diligencia profesional”.

³⁷ Vid. artículo 6.2.b) de la Directiva 2005/29/CE

concretos”³⁸. Sobre este aspecto hay que decir que el legislador comunitario no consideró necesario incluir en la versión final de la Directiva 2005/29/CE la definición de Código de conducta a escala comunitaria tal como se encontraba prevista en la propuesta de la Comisión³⁹. Sin embargo, es de hacer notar que los Códigos de conducta aplicables exclusivamente en el ámbito territorial de un Estado miembro pueden suponer una barrera a la libre circulación de productos y servicios, lo que, obviamente, hubiese sido menos probable en el supuesto de los Códigos de conducta a escala comunitaria⁴⁰. Asimismo, la adopción de Códigos de conducta comunitarios hubiera supuesto para los profesionales un valor añadido puesto que les permitiría ajustarse a las obligaciones previstas en la Directiva⁴¹.

La existencia de Códigos de conducta en los diferentes sectores profesionales, en cierta medida garantiza una protección adicional para los derechos del consumidor⁴². Evidentemente estos acuerdos complementan las disposiciones legislativas de los Estados miembros, y en ningún caso excluyen o sustituyen a las vías de recurso judicial o administrativo⁴³. En este contexto, el legislador comunitario ha tomado en

³⁸ Vid. artículo 2.f) y Panayota, B. “La protección de los consumidores ante las prácticas comerciales desleales: la Directiva 2005/29/CE” en ReDeco, Revista electrónica de Derecho del Consumo y de la Alimentación, n° 12 (2007), p. 29, los define así: “Los códigos de conducta son reglas internas relativas a una profesión, elaboradas partiendo de la iniciativa de un grupo de profesionales con el objetivo de proteger más eficazmente a los consumidores de las prácticas desleales”.

³⁹ Vid. Documento COM (2003) 356 final, apartado 73 de la “Exposición de motivos” de la Propuesta de la Comisión, «la existencia de códigos aplicables a escala de la UE podría promover la convergencia de las expectativas en materia de diligencia profesional, con lo que se reducirían aún más los obstáculos al mercado interior...», disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2003:0356:FIN:ES:PDF>.

⁴⁰ Vid. Pardo L., en: “La Directiva 2005/29/CE relativa a las prácticas comerciales: ¿un poco y no quiero de la protección de los consumidores?”, Boletín del Centro Europeo para el Derecho del Consumo, núm. 108, 2005, pág. 9-10. De esta misma manera lo destacó el n° 73 de la Propuesta de Directiva al señalar: “La existencia de códigos aplicables a escala de la UE podría promover la convergencia de las expectativas en materia de diligencia profesional, con lo que se reducirían aún más los obstáculos al mercado interior, aunque habría que asegurarse de que tales códigos no impidieran, restringieran o distorsionaran la competencia. Estos códigos podrían aportar un valor añadido ayudando a los comerciantes a aplicar eficazmente en su actividad cotidiana particular los principios de la Directiva”.

⁴¹ Vid. Panayota, B. *ob. cit.*, p. 30.

⁴² Vid. *idem*. Vid. también Cdo. (20) Directiva 2005/29/CE que señala: “El control ejercido por los responsables de los códigos a escala nacional o comunitaria para eliminar las prácticas comerciales desleales puede evitar tener que recurrir a acciones administrativas o judiciales, por lo que se debe fomentar”.

⁴³ Así lo recoge el artículo 10 de la Directiva 2005/29/CE al señalar: “La presente Directiva no excluye el control, que los Estados miembros pueden fomentar, de las prácticas comerciales desleales por parte de los responsables de códigos, ni el recurso a tales organismos por parte de las personas u organizaciones a las que se hace referencia en el artículo 11, siempre y cuando el procedimiento ante tales organismos sea adicional al procedimiento administrativo o judicial mencionado en dicho artículo. El recurso a tales órganos de control nunca supondrá la renuncia a las acciones judiciales o administrativas a que se refiere el artículo 11”.

consideración el hecho de que el control ejercido por los responsables de los códigos⁴⁴ a escala bien sea nacional o bien comunitaria para eliminar las prácticas comerciales desleales, puede evitar tener que recurrir a acciones administrativas o judiciales, razón por la cual sería recomendable fomentarlos⁴⁵.

Según lo previsto en la Directiva 2005/29/CE, el incumplimiento de las obligaciones establecidas en dichos códigos puede tener consecuencias jurídicas para los profesionales responsables, puesto que la práctica será calificada de engañosa, siempre y cuando concurren las circunstancias exigidas por el artículo 6.2.b.i) y ii), es decir, que el compromiso asumido por el agente comercial sea firme y pueda ser verificado, y que el agente comercial indique en la práctica comercial que está vinculado por el Código. Los compromisos asumidos deben alcanzar también la obligación de someterse a los procedimientos de resolución de controversias que prevé el Código así como el cumplimiento de las decisiones que adopten los organismos responsables de la administración y aplicación del mismo⁴⁶.

B. Las omisiones engañosas

a. Definición

La Directiva 2005/29/CE ha dado un paso cauteloso en la dirección de reconocer la omisión de cierta información como práctica comercial desleal, enfocándose en la capacidad del consumidor de tomar una decisión transaccional informada, y por consiguiente, califica a una práctica comercial como engañosa cuando el agente comercial omite o disimula una información sustancial⁴⁷ sobre las cualidades del producto al consumidor, dando lugar de este modo a una decisión comercial que no

⁴⁴ El legislador comunitario define en el artículo 2.g) al “responsable del código”, en los siguientes términos: “cualquier entidad, incluido un agente comercial o grupo de comerciantes, que sea responsable de la elaboración y revisión de un código de conducta y/o de supervisar su cumplimiento por quienes se hayan comprometido a respetarlo”.

⁴⁵ Vid. Cdo. (20) Directiva 2005/29/CE, *cit. supra* nota al pie nº 42.

⁴⁶ Vid. Massaguer, J. El nuevo derecho contra la competencia desleal..., *ob. cit.*, p. 119.

⁴⁷ Vid. *idem*, p. 125, para quien “...(omissis) la información sustancial es aquella que los consumidores necesitan para tomar una decisión sobre una transacción con el debido conocimiento de causa. Con carácter general no comprende, por tanto, cualquier extremo que pueda influir en la toma de esta clase de decisiones, sino sólo “datos básicos” (apdo. 64 de la Propuesta de Directiva), esto es, los datos que objetiva y típicamente toma en cuenta el consumidor medio o, cuando proceda, el consumidor especialmente vulnerable para decidir racionalmente en el caso considerado”.

habría sido tomada con conocimiento de causa, o cuando el agente comercial facilite estas informaciones pero de manera poco clara, conduciendo al mismo resultado⁴⁸. Siendo ello así, en la Directiva 2005/29/CE la omisión engañosa⁴⁹ se conforma por referencia a la información sustancial del bien o servicio que se promociona, que no se proporciona al consumidor y que le lleva a tomar una decisión sobre una transacción (una compra, condiciones de contratación, la conservación de un producto o el ejercicio de un derecho) sin pleno conocimiento de causa⁵⁰. Evidentemente, el carácter de sustancial o no de una determinada información ha de analizarse en atención a cada caso en concreto, teniendo en cuenta las circunstancias de hecho, la naturaleza de los productos a los que se refiera la práctica, los medios de difusión de la práctica, los medios de realización, etc., y las condiciones personales de los consumidores a los que se dirija, o en su caso, a los que resultan afectados por la práctica comercial⁵¹.

b. Información sustancial: ¿hasta dónde llega el deber de informar?

Como ha quedado advertido, la omisión engañosa procede de ocultar o silenciar información sustancial por parte del agente comercial. Ahora bien, cuando esta omisión de información es llevada a la publicidad, debe ser apreciada y sopesada con mucho tino, pues la omisión engañosa en esta sede exige un enfoque objetivo y al mismo tiempo, una prudente valoración de los intereses en juego⁵². En este sentido, está claro

⁴⁸ Vid. el artículo 7, párrafos 1 y 2 de la Directiva 2005/29/CE que establecen: “1. Se considerará engañosa toda práctica comercial que, en su contexto fáctico, teniendo en cuenta todas sus características y circunstancias y las limitaciones del medio de comunicación, omita información sustancial que necesite el consumidor medio, según el contexto, para tomar una decisión sobre una transacción con el debido conocimiento de causa y que, en consecuencia, haga o pueda hacer que el consumidor medio tome una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado. 2. Se considerará también que hay omisión engañosa cuando un agente comercial oculte la información sustancial contemplada en el apartado 1, teniendo en cuenta las cuestiones contempladas en dicho apartado, o la ofrezca de manera poco clara, ininteligible, ambigua o en un momento que no sea el adecuado, o no dé a conocer el propósito comercial de la práctica comercial en cuestión en caso de que no resulte evidente por el contexto, siempre que, en cualquiera de estos casos, haga o pueda hacer que el consumidor medio tome una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado”.

⁴⁹ Vid. Massaguer, J. El nuevo derecho contra la competencia desleal..., *ob. cit.*, p. 125, señala: “Sólo la omisión (en sentido amplio: silencio, ocultación y oscurecimiento) de la información que tiene la consideración de información sustancial puede determinar que la práctica considerada constituya una práctica comercial engañosa”

⁵⁰ Vid. *idem*, p. 122

⁵¹ Vid. *idem*, p. 126

⁵² A este respecto, vid. Massaguer, J., *ob. cit.*, p. 125, quien, en relación con los riesgos que puede entrañar, señala: “En particular, impone a los empresarios una carga que puede resultar excesiva —y hasta la fecha se había rechazado—, como es la de dotar a sus comunicaciones comerciales de una amplitud y objetividad exquisita, que puede resultar en un detrimento del carácter persuasivo y sugestivo que le es

que el consumidor medio es consciente del tono subjetivo y persuasivo de las comunicaciones publicitarias y por ello no pretende en modo alguno que el anunciante presente en la publicidad un informe neutral y exhaustivo de las ventajas y desventajas de los productos ofertados; sin embargo, desde la perspectiva del anunciante, exigirle la obligación de incluir en los mensajes publicitarios una especificación completa y detallada de las características de una oferta traería como consecuencia innegable un excesivo aumento de los costes del mensaje publicitario, lo que indudablemente repercutiría en el precio final de los productos⁵³. Por tales razones, el legislador al incorporar ciertas informaciones como obligatorias, con miras a evitar la publicidad engañosa por omisión, debe proceder con extrema cautela⁵⁴.

En coherencia con este planteamiento y a los efectos de valorar una información como sustancial y de esclarecer ciertas áreas grises que incluyen, *ad. ex.*, cuánta información se debe proporcionar o si una pieza de información excluida causa algún engaño o deslealtad, pueden tomarse en consideración ciertos parámetros que subyacen en la valoración del error, el fraude o los deberes de información, a saber: (i) la protección del consentimiento (ii) el mantenimiento de la seguridad de las transacciones, (iii) el control de la deslealtad, (iv) el mantenimiento del deber moral de la verdad, (v) la protección de la confianza, (vi) la imposición de estándares del comportamiento esperados de las partes, (vii) la fijación de estándares objetivos y (viii) la asignación de riesgos⁵⁵. Aparte de ello, y a los fines de la Directiva 2005/29/CE es

consustancial (y que, por supuesto, se corresponde, tal vez con la excepción de los consumidores especialmente vulnerables, con las expectativas razonables de los consumidores que se enfrentan con prácticas comerciales), sólo limitada por el contenido con que se ha definido la información sustancial y por la clase de comunicación mediante la que se trasmite la información...”

⁵³ La Comisión fue sensible sobre este punto, puesto que, durante el primer momento de preparación de la Directiva, la posibilidad de incluir un deber tan positivo habría encontrado críticas por ser indebidamente oneroso y costoso para los agentes comerciales. Sin embargo, el propósito de proveer al consumidor la información relevante en la etapa precontractual se ha considerado de hecho como uno de los aspectos centrales de la Directiva. *Vid.* Documento COM (2003) 356 final, *cit. supra*.

⁵⁴ *Vid.* Fernández Novoa, C. “La Directiva Comunitaria sobre prácticas comerciales desleales”, *Diario La Ley*, nº 6408, 26 de enero de 2006, ref. D-24, p.1338, quien además señala: “Debe subrayarse que el apartado primero del artículo 7 de la Directiva 2005/29/CE procede acertadamente a injertar en la definición de las omisiones engañosas una referencia a las limitaciones que sobre la estructura y extensión del mensaje publicitario impone el medio de comunicación elegido por el anunciante”.

⁵⁵ *Vid.* Ruth Sefton-Green, “General Introduction”, in R. Sefton-Green (ed.), *Mistake, Fraud and Duties to Inform*, Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 1.

información sustancial la que debe proporcionarse a los consumidores con arreglo a lo dispuesto en las Directivas comunitarias relacionadas en el Anexo II⁵⁶.

c. Principio de la claridad de las prácticas comerciales. Deber de revelación.

Muchas dificultades se presentan cuando se tratan cuestiones concernientes a la información falsa y engañosa desde el aspecto de omisión de la información, debido a que en algunos sistemas legislativos es obligatorio, bien bajo la ley civil o bien bajo la ley de prácticas comerciales desleales, para los agentes comerciales proporcionar cierta información particular, o al menos, divulgar algunos aspectos negativos conocidos por el agente comercial, mientras que en otros sistemas no es fácil condenar el mero silencio como deslealtad⁵⁷. No obstante esta diversidad legislativa, el legislador comunitario acogió en el artículo 7 de la Directiva 2005/29/CE el “principio de la claridad de las prácticas comerciales”⁵⁸ según el cual el agente comercial está obligado a ofrecer una

⁵⁶ Así lo dispone el artículo 7.5 al establecer: “Se considerarán sustanciales los requisitos establecidos por el Derecho comunitario en materia de información relacionados con las comunicaciones comerciales, con inclusión de la publicidad o la comercialización, de los que el anexo II contiene una lista no exhaustiva”. Las Directivas comunitarias relacionadas con el Anexo II de la Directiva 2005/29/CE, son las relativas a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados; relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido; relativa a la protección de los consumidores en materia de indicación de los precios de los productos ofrecidos a los consumidores; por la que se establece un código comunitario sobre medicamentos para uso humano; relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico); relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo; sobre la mediación y contratación en los seguros; relativa a los mercados de instrumentos financieros; sobre el prospecto que debe publicarse en caso de oferta pública o admisión a cotización de valores.

⁵⁷ *Vid.* Schulze, Schulte-Nölke, *Analysis of National Fairness Laws Aimed at Protecting Consumers in Relation to Commercial Practices*, Study ordered by the Directorate-General Health and Consumer Protection of the European Commission (DG SANCO), 2003, p. 32, quienes señalan: “In most Member States, information duties laid down by contract law and those laid down by commercial fairness law overlap each other. In those Member States where provisions on the disclosure of material information can be found in commercial fairness legislation, two different approaches can be distinguished. In most of those Member States, a “negative” duty not to mislead by omitting essential information exists. Thus, in some Member States (e.g. Belgium, Denmark), the statutory provisions on misleading advertising contain an explicit reference to misleading omissions. In other Member States (e.g. Germany), the prohibition of misleading omissions has been developed by case-law. In several Member States, the “negative” duty not to mislead or misinform by omission is supplemented by a “positive” duty to inform. Thus, for example in Belgium, Denmark, France and Sweden general rules exist requiring the seller to provide essential information. A similar provision exists in Finland, yet its scope is limited to information necessary in respect of the health or economic security of consumers. However, the added value of the provisions stipulating a general duty to disclose seems to be questionable. At least in Belgium and France, the opinion has been voiced that the duty to disclose is no more than a codification of general principles of contract law, applied to the relationship between a consumer and a seller”.

⁵⁸ *Vid.* Fernández Novoa, C. “La Directiva Comunitaria sobre prácticas comerciales desleales”, *Diario La Ley*, nº 6408, 26 de enero de 2006, ref. D-24, p.1338, para quien: “...(omissis) la Directiva 2005/29/CE

información sustancial de manera clara, inteligible y precisa. A esta conclusión se llega de la interpretación a contrario sensu del artículo 7.2 de la Directiva que engloba dentro de las omisiones engañosas el supuesto de que el agente comercial ofrezca la información “de manera poco clara, ininteligible o ambigua”; siempre que la información así ofrecida, haga o pueda hacer que el consumidor medio tome una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado⁵⁹.

Puede decirse por ello que la omisión engañosa requiere los siguientes elementos: (i) una falta de proporcionar, o una tentativa de ocultar (ii) la información sustancial que (iii) el consumidor medio requeriría para una decisión informada, que (iv) da lugar (la probabilidad de) a una decisión transaccional que no habría sido tomada de otra manera⁶⁰. Si la información es sustancial depende del contexto, aunque la Directiva 2005/29/CE enumere un número de ítems estimados como sustanciales cuando hay una invitación a comprar, y los requisitos de información especificados en varias Directivas de la CE sean también valorados como sustanciales⁶¹. De esta forma se configura, a cargo del agente comercial, un deber de revelación (acceso) de la información, pero no a cualquier clase de información sino de aquella información que requiere el consumidor medio para tomar una decisión informada que de otra manera no habría tomado.

d. Omisión inicial y retención de la información

El legislador comunitario admite que ciertos condicionantes de tiempo y/o espacio puedan justificar una omisión, siempre que se verifique que en los casos en los que un determinado método de comunicación implique ciertos límites de espacio o tiempo que no permitan al agente comercial facilitar todas las informaciones requeridas,

añade al principio tradicional de la veracidad publicitaria un nuevo principio: el de que las informaciones sustanciales y determinantes de las decisiones del consumidor deben ser comunicadas con claridad”.

⁵⁹ Vid. apartado segundo del artículo 7 que además dispone que hay omisión engañosa cuando el medio utilizado para comunicar la práctica comercial imponga limitaciones de espacio o de tiempo, a la hora de decidir si se ha omitido información deberán tenerse en cuenta esas limitaciones y todas las medidas adoptadas por el agente comercial para poner la información a disposición del consumidor por otros medios.

⁶⁰ Vid. C. Twigg-Flesner, D. Parry, G. Howells y A. Nordhausen, “An Analysis Of The Application And Scope Of The Unfair Commercial Practices Directive”, (18 May 2005), en www.dti.gov.uk/ccp/consultpdf/final_report180505.pdf, p. 54.

⁶¹ Vid. *supra* nota al pie nº 56

éstas se hayan puesto a disposición del consumidor por otra vía u otros medios⁶². Bajo esta norma, la Directiva 2005/29/CE brinda a las empresas la posibilidad de subsanar la omisión inicial de la información sustancial, permitiendo que la misma pueda proporcionarse en cualquier momento, siempre que sea antes de la toma de decisión por parte de los consumidores. Interesa destacar que esta circunstancia hace referencia a los supuestos en los que el ocultamiento de la información sustancial se debe a limitaciones de espacio y tiempo que imponga la práctica comercial, así como destacar que, la omisión engañosa, como ha quedado advertido, alcanza no sólo a las prácticas comerciales que omiten información sino también a aquellas que proporcionan la información en un momento en que no sea el adecuado, con lo cual será desleal aquella práctica comercial que, estando fuera de las limitaciones de espacio y tiempo, omita u ofrezca información en un momento inadecuado, aunque posteriormente proporcione toda la información sustancial, incluido el reconocimiento de que la práctica en cuestión tenía finalidad comercial⁶³. De ahí que el artículo 7.3 de la Directiva 2005/29/CE no sea apropiado para subsanar la insuficiencia de información sustancial contenida en la oferta inicial comunicada a los consumidores, como *ad. ex.*, los casos en los que la publicidad omite condiciones o limitaciones que restringen la oferta realizada, si ese vacío es adecuado para llevar al consumidor a tomar la decisión de entrar en contacto con el oferente o de descartar otras ofertas⁶⁴.

Fuera de lo indicado, si la información sustancial que se ha omitido ha sido suficiente para incidir en la toma de decisiones económicas de los consumidores, y se alcanzara a admitir que la posterior comunicación de la información sustancial inicialmente silenciada subsana la omisión de la primera práctica, en todo caso, puede llegar a entenderse que sobre la base del perjuicio del interés de los competidores⁶⁵, esta conducta entra en el ámbito de aplicación de la Directiva 2006/114/CE, y si induce a

⁶² *Vid.* el artículo 7.3 de la Directiva 2005/29/CE que establece: “Cuando el medio utilizado para comunicar la práctica comercial imponga limitaciones de espacio o de tiempo, a la hora de decidir si se ha omitido información deberán tenerse en cuenta esas limitaciones y todas las medidas adoptadas por el agente comercial para poner la información a disposición del consumidor por otros medios”.

⁶³ *Vid.* Massaguer, J. El nuevo derecho contra la competencia desleal..., *ob. cit.*, p. 129, para quien: “En particular, no puede admitirse que por esta vía, se autorice a las empresas valerse de la omisión engañosa, en el sentido de adecuada para inducir a error, para ganar el interés y favor inicial de los consumidores y asegurarse el primer contacto”.

⁶⁴ *Vid. idem.*

⁶⁵ *Vid.* Cdo. (6) de la Directiva 2005/29/CE

error a los consumidores constituye publicidad engañosa en el sentido de su artículo 2.b)⁶⁶.

e. Información sustancial en la invitación a comprar

Según la Directiva 2005/29/CE, para las prácticas comerciales que contengan una invitación a comprar,⁶⁷ se consideran sustanciales para el consumidor las informaciones relativas a las características del producto, al precio total de éste o a la forma de calcularlo, a los procedimientos de pago, entrega y funcionamiento, el sistema de tratamiento de las reclamaciones, la existencia de un derecho de revocación o cancelación, así como la identidad y la dirección del agente comercial⁶⁸. Estos datos que constituyen información sustancial, son ineludibles puesto que de la invitación a comprar puede esperarse que el consumidor tome la decisión de mercado sin recabar más datos, solo sobre la base de la información comunicada. No obstante, la información considerada sustancial en el caso de la invitación a comprar (la que versa sobre los extremos señalados en el artículo 7.2 de la Directiva 2005/29/CE) no será exigible en la publicidad que no contenga una invitación a comprar⁶⁹. Ahora bien, si los extremos a los que se refiere el artículo 7.2 de la Directiva 2005/29/CE pueden

⁶⁶ Vid. Massaguer, J. El nuevo derecho contra la competencia desleal..., *ob. cit.*, p. 126, quien hace el análisis refiriéndose a la Directiva 84/450/CEE.

⁶⁷ Vid. Cdo. (14) de la Directiva 2005/29/CE que al respecto señala: “Con respecto a las omisiones, la Directiva establece un número limitado de datos esenciales que el consumidor necesita para poder tomar una decisión sobre una transacción con el debido conocimiento de causa. Tal información no tendrá que figurar en todos los anuncios, sino únicamente cuando el agente comercial haga una invitación a comprar, concepto éste claramente definido en la Directiva”. En el artículo 2.i) se define la “invitación a comprar” como una: “comunicación comercial que indica las características del producto y su precio de una manera adecuada al medio de la comunicación comercial utilizado, y permite así al consumidor realizar una compra”

⁶⁸ Vid. el artículo 7.4 de la Directiva 2005/29/CE que establece: “En los casos en que haya una invitación a comprar se considerará sustancial la información que figura a continuación, si no se desprende ya claramente del contexto: a) las características principales del producto, en la medida adecuada al medio utilizado y al producto; b) la dirección geográfica y la identidad del agente comercial, tal como su nombre comercial y, en su caso, la dirección geográfica y la identidad del agente comercial por cuya cuenta actúa; c) el precio, incluidos los impuestos, o, en caso de que éste no pueda calcularse razonablemente de antemano por la naturaleza del producto, la forma en que se determina el precio, así como, cuando proceda, todos los gastos adicionales de transporte, entrega o postales o, cuando tales gastos no puedan ser calculados razonablemente de antemano, el hecho de que pueden existir dichos gastos adicionales; d) los procedimientos de pago, entrega y funcionamiento, y el sistema de tratamiento de las reclamaciones, si se apartan de las exigencias de la diligencia profesional; e) en el caso de los productos y transacciones que lleven aparejado un derecho de revocación o cancelación, la existencia de tal derecho”.

⁶⁹ Vid. Massaguer, J. El nuevo derecho contra la competencia desleal..., *ob. cit.*, p. 126, para quien: “(omissis)...a mi modo de ver, que la información sobre extremos relacionados en el artículo 7.2 de la Directiva 2005/29/CE no será exigible en la publicidad que no contenga una invitación de compra. No lo será, por ejemplo, en la publicidad de marca o de recuerdo (*cfr.* Apdo. (64) de la propuesta de Directiva), sin perjuicio de que las empresas deban proporcionar esa y otra información sustancial a los consumidores a lo largo de la relación que precede a la toma de la decisión”.

desprenderse de forma directa del propio bien o servicio, del oferente, del canal de comercialización o de las modalidades de contratación no será necesario incluirlos; así como tampoco será necesario incluir los datos que conocen los consumidores por su propia experiencia en relación con cualquiera de ellos⁷⁰.

f. Requisitos de información

En vista de que la Directiva 2005/29/CE introduce una armonización plena, únicamente se considera sustancial a efectos del artículo 7. 5), la información exigida por el Derecho comunitario. No obstante ello, si los Estados miembros mantienen o añaden requisitos de información relacionada con el Derecho contractual y con repercusiones en el ámbito del Derecho contractual, autorizados en las cláusulas mínimas de los instrumentos de Derecho comunitario vigentes, la omisión de esta información complementaria no se considerará una omisión engañosa con arreglo a la Directiva 2005/29/CE⁷¹. Asimismo, es de destacar que el enfoque de plena armonización adoptado en la Directiva 2005/29/CE no excluye la posibilidad de que los Estados miembros especifiquen en su legislación nacional las principales características de determinados productos como, por ejemplo, los objetos de colección o los materiales eléctricos, cuya omisión sería sustancial cuando se hiciera una invitación a la compra⁷².

g. Prácticas que no dan a conocer su propósito comercial: Publicidad encubierta y Publicidad subliminal

Como ya quedó señalado, de acuerdo con el artículo 7.1) y 7.2), de la Directiva 2005/29/CE la omisión engañosa comprende no sólo la falta total de información sustancial, sino también la ocultación de esa información y, en particular, su ofrecimiento de forma poco clara, ininteligible, ambigua o en un momento que no sea adecuado, de modo tal que no pueda ser percibida por el consumidor. Pues bien, también se consideran prácticas comerciales engañosas por omisión la publicidad encubierta y la publicidad subliminal, que en el artículo 7.2 de la Directiva 2005/29/CE se presentan como “prácticas que no dan a conocer su propósito comercial a sus destinatarios”.

⁷⁰ *Vid. idem*

⁷¹ *Vid. Cdo. (15) de la Directiva 2005/29/CE*

⁷² *Vid. Cdo. (14) de la Directiva 2005/29/CE*

h. Engaño por omisión: no exigencia de inducción a error

Nuevamente se ha de destacar que el engaño por omisión comprende el ocultamiento de la información sustancial así como su ofrecimiento de forma que los consumidores no puedan percibirla y el encubrimiento del carácter comercial de la práctica, mientras que el engaño por acción está reservado para las prácticas comerciales en las cuales la inducción a error resulta de forma directa de lo que se alega o de la divergencia entre lo alegado y lo callado. Siendo ello así, la práctica comercial engañosa (por omisión) no exige que la omisión deba inducir a error a los consumidores sobre extremos relevantes que determinen sus decisiones de mercado⁷³. La falta de conocimiento de causa del consumidor puede que se deba a la ignorancia de datos relevantes relativos a las características, propiedades, utilidades u otros extremos de los productos sobre los que hubo omisión, y por esa misma razón, no se generó ninguna expectativa. En efecto, la deslealtad de las prácticas comerciales engañosas por omisión no se basa en el riesgo de que los consumidores adopten una decisión partiendo de una falsa apreciación de la realidad, sino más bien, en la posibilidad de que adopten una decisión partiendo de la información sustancial limitada, aun cuando no haya sido inducido a error sobre el extremo omitido⁷⁴. Así, de esta forma, en materia de demarcación de las prácticas comerciales engañosas por omisión, la Directiva 2005/29/CE obliga al agente comercial a que en sus prácticas comerciales suministre la

⁷³ Vid. Massaguer, J. El nuevo derecho contra la competencia desleal..., *ob. cit.*, pp. 123-124., para quien: “En particular, esta modalidad de práctica comercial engañosa se ha definido sobre la sola base de la omisión (en el sentido amplio indicado) de información sustancial para tomar decisiones sobre transacciones, sin exigirse en cambio que la omisión pueda inculcar infundadas expectativas en los consumidores y sin exigirse tampoco una relación causa-efecto entre esas falsas expectativas y el comportamiento económico seguido por los consumidores. Dicho en otros términos, la prohibición de las prácticas comerciales por omisión es ajena a la inducción a error sobre extremos relevantes para la definición de las decisiones de mercado de los consumidores. No parece, en efecto, que la sola referencia a la adopción de decisiones con pleno conocimiento de causa sirva para introducir en este contexto una exigencia de inducción a error”.

⁷⁴ Vid. *idem*

información necesaria⁷⁵ para que los consumidores estén en condiciones de adoptar decisiones de mercado racionales⁷⁶.

i. Incidencia de la práctica engañosa por omisión en el comportamiento económico del consumidor

Otra exigencia de la Directiva 2005/29/CE en materia de prácticas comerciales engañosas por omisión es la relativa a que la práctica comercial considerada sea adecuada para incidir en el comportamiento económico de los consumidores, es decir, pertinente para hacer tomar una decisión sobre una transacción, que de conocer la información sustancial, no la hubieran tomado. Como ya se advirtió, no se exige que el silenciamiento de la información sustancial haga que los consumidores alberguen falsas expectativas, lo que se exige es que la información omitida sea capaz de llevar a los consumidores a tomar una decisión distinta de la que habrían tomado si hubieran conocido los extremos ocultos. La omisión susceptible de llevar a los consumidores a tomar una decisión, está restringida a aquella que tiene por objeto información sustancial y al examen de la respuesta del consumidor medio según el contexto⁷⁷.

X. Prácticas comerciales engañosas bajo cualquier circunstancia

La Directiva prevé en un Anexo una lista no exhaustiva de las prácticas engañosas (acciones u omisiones)⁷⁸ que en cualquier caso se consideran desleales, es decir, sin posibilidad de evaluación, ni modificación por parte de las autoridades

⁷⁵ Vid. *idem*, p 125., quien al respecto señala: “...(omissis) este deber de información sólo es un deber de formalización o verbalización de la información en los casos en los que no resulte del contexto” .Vid. artículo 7.2 y 4 de la Directiva 2005/29/CE”.

⁷⁶ Vid. *idem*, p. 124, para quien, en un sentido diferente, la Directiva 84/450/CEE , acoge “...(omissis), el deber de poner en el mercado una información tan completa como fuere preciso para evitar el riesgo de que los consumidores se formen una falsa representación de la realidad de las cosas”.

⁷⁷ Vid. Massaguer, J. El nuevo derecho contra la competencia desleal..., *ob. cit.*, p. 128, para quien “...(omissis) a la general exigencia de que la aplicación de las prohibiciones de la Directiva debe tener en cuenta las circunstancias de cada caso (Cdo (7) in fine del Preámbulo de la Directiva) se suma no sólo la doble incorporación genérica de esta exigencia en la definición de prácticas comerciales engañosas por omisión (“en su contexto fáctico” y “según el contexto”), sino también la especificación de los elementos a los que se ha de prestar especial atención para concretar la información sustancial que debe transmitirse con la práctica comercial (“todas sus características y circunstancias y las limitaciones de espacio”, “las limitaciones de espacio y tiempo” y “las medidas para poner la información a disposición del consumidor por otros medios”).

⁷⁸ Vid. Anexo I. Prácticas Comerciales que se consideran desleales en cualquier circunstancia. Prácticas comerciales engañosas.

nacionales⁷⁹. Por lo tanto, el reproche de deslealtad, en relación con las prácticas comerciales listadas, se hará sin necesidad de comprobar si concurren los elementos del engaño desleal del artículo 6 de la Directiva 2005/29/CE, y sin evaluar la posibilidad de que la práctica pueda distorsionar efectivamente la toma de decisiones de mercado del consumidor. Las prácticas engañosas enumeradas en este listado están automáticamente prohibidas, sin embargo, no puede afirmarse que a través de este listado se haya logrado el objetivo de condicionar el reproche de deslealtad a la sola comprobación de ciertos supuestos de hecho, puesto que el listado anexo contiene extremos cuya apreciación requiere realizar juicios valorativos, como son, *ad ex.*, las expresiones “motivos razonables”, “intención de promocionar”, “crear por otro medio la impresión”, “de manera deliberada”, etc.⁸⁰.

De las prácticas comerciales engañosas reseñadas en la Directiva 2005/29/CE como prácticas desleales en cualquier caso, se encuentran los supuestos conocidos de engaño; sin embargo, vale la pena destacar, sobre todo por su novedad, a las ofertas vacías y las ofertas señuelo. Por otra parte, también se ha de señalar que la lista recoge ciertos supuestos que no presentan mayor relevancia, como *ad. ex.*, afirmar el agente comercial ser signatario de un código de conducta no siendo cierto⁸¹ o que un código de conducta ha recibido el refrendo de un organismo público o de otro tipo no siendo cierto⁸², etc.⁸³. También se incluyen otros supuestos, donde resulta forzado deducir el engaño, al menos en todos los casos en que se presente, como *ad. ex.*, alegar que los

⁷⁹ Vid. artículo 5.5 de la Directiva 2005/29/CE que señala: “En el anexo I figura una lista de las prácticas comerciales que se considerarán desleales en cualquier circunstancia. La misma lista única se aplicará en todos los Estados miembros y sólo podrá modificarse mediante una revisión de la presente Directiva” y el Cdo. (17) de la Directiva 2005/29/CE que señala: “Para incrementar la seguridad jurídica, es importante que estén identificadas aquellas prácticas comerciales que se consideran desleales en cualquier circunstancia. Ese tipo de prácticas se enumeran exhaustivamente en la lista del anexo I. Se trata exclusivamente de las prácticas comerciales que pueden considerarse desleales sin necesidad de un examen pormenorizado de que se dan en cada caso concreto los supuestos contemplados en los artículos 5 a 9. La lista sólo puede modificarse mediante una revisión de la presente Directiva”.

⁸⁰ Vid. Massaguer, J. El nuevo derecho contra la competencia desleal..., *ob. cit.*, p. 119, para quien: “De hecho, algunos de estos juicios son muy próximos a los que se requieren para comprobar la efectiva posibilidad de influencia en la conducta de los consumidores, como es la determinación de la finalidad de “inducir al consumidor a tomar una decisión inmediata, privándole de la oportunidad o el tiempo suficiente para hacer su elección con el debido conocimiento de causa” o de “inducir al consumidor a adquirirlo (el producto) en condiciones menos favorables”, etc”.

⁸¹ Vid. apartado 1) del Anexo I de la Directiva 2005/29/CE

⁸² Vid. apartado 3) del Anexo I de la Directiva 2005/29/CE

⁸³ Vid. Massaguer, J. El nuevo derecho contra la competencia desleal..., *ob. cit.*, p. 120, quien cita otros ejemplos.

productos pueden facilitar la obtención de premios en juegos de azar⁸⁴, puesto que evidentemente esta situación puede presentarse en promociones consistentes en primas que permiten participar en sorteos, y en consecuencia tratarse de una afirmación indudable⁸⁵.

Ahora bien, es necesario dejar por sentado que para declarar automáticamente la deslealtad de las prácticas comerciales engañosas incluidas en el listado del Anexo I, se exige que concurren las circunstancias allí señaladas, además de la realización de ciertos juicios valorativos⁸⁶. Si concurren otros supuestos de hecho, la práctica comercial deberá enjuiciarse bajo el perfil de las prohibiciones generales de prácticas comerciales engañosas o agresivas, y si se presentan los requerimientos exigidos, entonces proceder a revelar su deslealtad⁸⁷. No obstante ello, las autoridades nacionales pueden innovar en la materia y tipificar prácticas que no figuren en la lista, siempre que se trate de prácticas desleales prohibidas por la Directiva 2005/29/CE.

XI. Prácticas comerciales agresivas

a. Definición

Las prácticas calificadas de agresivas que puedan influenciar el comportamiento económico de los consumidores también se encuentran absolutamente prohibidas en la Directiva 2005/29/CE. Ciertamente, constituyen un “novum” en el Derecho Comunitario de la Competencia Desleal⁸⁸, aun cuando se hayan fuertemente vinculadas a la figura de la publicidad molesta⁸⁹, desarrollada por la jurisprudencia y la doctrina

⁸⁴ Vid. apartado 16) del Anexo I de la Directiva 2005/29/CE

⁸⁵ Vid. Massaguer, J. El nuevo derecho contra la competencia desleal..., *ob. cit.*, p. 121.

⁸⁶ Vid. *supra*, p. 22.

⁸⁷ Vid. Massaguer, J. El nuevo derecho contra la competencia desleal..., *ob. cit.*, p. 122, quien señala en este sentido que no se puede concluir que el Anexo I actúa como disposición liberalizadora en un sentido negativo.

⁸⁸ Vid. Schulze H. y Schulte-Nölke, “Analysis of National Fairness Laws...” *ob. cit.*, quienes señalan: “It is actually a rather modern feature for a general law of unfair trade practices to extend to aggressive as well as misleading and deceptive practices. Indeed one of the key decisions when drafting the UCPD was to opt for “the wider concept of “unfair commercial practices” and not only the narrower concept of “misleading practices””.

⁸⁹ Vid. Fernández Novoa, C. “La Directiva Comunitaria sobre prácticas comerciales desleales”, Diario La Ley, nº 6408, 26 de enero de 2006, ref. D-24, p.1339, quien señala: “En Alemania se consideraba que lo característico de la publicidad molesta es que mediante la invasión de la esfera privada del consumidor y otras técnicas perturbadoras el anunciante presiona al consumidor, privándole de la posibilidad de

alemanas⁹⁰. La definición de “práctica agresiva” que ofrece la Directiva 2005/29/CE establece que una práctica será considerada agresiva si en su contexto fáctico, teniendo en cuenta todas sus características y circunstancias, merma o pueda mermar de forma importante, mediante el acoso, la coacción, incluido el uso de la fuerza, o la influencia indebida⁹¹, la libertad de elección o conducta del consumidor medio con respecto al producto y, por consiguiente, le haga o pueda hacerle tomar una decisión sobre una transacción que de otra forma no hubiera tomado⁹². El concepto de “práctica comercial agresiva”, tal como se presenta ahora, no había sido desarrollado ni en el derecho comunitario europeo ni en los ordenamientos nacionales de los Estados miembros⁹³. El legislador comunitario amplió el concepto de publicidad molesta con otros supuestos⁹⁴,

comparar sosegadamente las diversas ofertas existentes en el mercado”. *Vid.* también Schulze H. y Schulte-Nölke, “Analysis of National Fairness Laws...” *ob. cit.*, p. 36 quienes sostienen que: “All kinds of advertising are *per definitionem* aimed at influencing the transactional decisions of potential customers. However, sellers are not totally free with regard to the methods of influencing they choose. Thus, the laws of the Member States prohibit certain selling techniques that are considered to be aggressive. The category of aggressive selling techniques covers a very broad range of marketing methods, concerning both distance and direct marketing. Generally speaking, two sub-categories can be distinguished: firstly, marketing techniques that involve methods of harassment and coercion and secondly, more subtle methods of undue influence”.

⁹⁰ *Vid.* Anxo, T. “Una primera aproximación al régimen jurídico de las prácticas agresivas en la Directiva sobre prácticas desleales de los consumidores”, ADI, volumen 27 (2006-2007), pp. 427-428, 2006-07, para quien “En el Derecho alemán, en efecto, la publicidad molesta ha sido considerada tradicionalmente por la doctrina y jurisprudencia como una modalidad de publicidad desleal a la que resultaba de aplicación la cláusula general prohibitiva de la competencia desleal...(*omissis*) la doctrina y la jurisprudencia alemanas calificaron como publicidad molesta (y, por ende, desleal) muchas de las técnicas publicitarias propias del marketing directo, tales como la publicidad directa en la vía pública o en medios de transporte público, la publicidad por teléfono, la publicidad por fax o publicidad por correo postal cuando el destinatario ha demostrado su oposición a la recepción de este tipo de correo”.

⁹¹ El artículo 2.j) de la Directiva 2005/29 define “influencia indebida” así: “utilización de una posición de poder en relación con el consumidor para ejercer presión, incluso sin usar fuerza física ni amenazar con su uso, de una forma que limite de manera significativa la capacidad del consumidor de tomar una decisión con el debido conocimiento de causa”.

⁹² *Vid.* artículo 8 de la Directiva 2005/29/CE.

⁹³ *Vid.* Howells, en Howells, Micklitz y Wilhelmsson, *European Fair Trading Law*, Hampshire, 2006, p. 170, quien al respecto señala: “The concept of aggressive practices is underdeveloped in the Directive. Some steps towards a better understanding of the principle are needed if the principle is to be applied in a coherent and consistent manner. This have to be developed through the national and European courts (*omissis*)...”

⁹⁴ *Vid.* Massaguer, J., *El nuevo derecho contra la competencia desleal...*, *ob. cit.*, p. 131, quien al respecto señala: “La caracterización de las prácticas comerciales que del conjunto resulta tiene perfiles poco definidos, en los que se dan cita elementos y supuestos que proceden de dos grupos de actos de competencia desleal tradicionalmente diferenciados. Me refiero, en particular, a la indebida presión de compra, en la que se sitúa la mayor parte de los supuestos contemplados por la Directiva, y a las prácticas molestas, en el que se sitúa alguna de las prácticas comerciales agresivas de la lista negra del Anexo II (*omissis*)...” . *Vid.* también en este sentido, Massaguer, Marcos y Suñol, “La transposición al Derecho español de la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales. Informe del grupo de trabajo constituido en el seno de la Asociación Española de Defensa de la Competencia”. Boletín del Ministerio de Justicia, nº 2013 (2006), p. 1931.

reelaborándolo y generando esta nueva categoría⁹⁵. Esta novedosa concepción, se presenta en la Directiva 2005/29 construida sobre tres pilares, a saber: el primero, el concepto de práctica comercial agresiva, el segundo, un listado de circunstancias que deben ser tomadas en consideración a la hora de calificar una conducta como práctica agresiva, recogidas en el artículo 9, y el tercero, una enumeración de conductas que son calificadas *per se* como agresivas⁹⁶.

b. Elementos de la práctica comercial agresiva: presión que coarta la libertad de elección del consumidor y realización de una transacción inducida por esa presión.

De la citada definición se deduce que dos son los elementos que caracterizan a la práctica comercial agresiva, y cuya concurrencia es indispensable para que la práctica comercial pueda ser reputada desleal en este contexto, por una parte, se exige una presión moral (psicológica) o física que, por lo menos, debe suponer un límite a la posibilidad de la que dispone el consumidor para llevar a cabo libremente su elección, es decir, el empleo de ciertos medios para influir en la conducta de mercado de los consumidores, en particular, la utilización de un acoso, coacción o influencia indebida, y por otra parte, que esta presión pueda conducir a que el consumidor efectúe una transacción comercial que no hubiera tenido lugar en otras circunstancias, es decir, la aptitud de esta práctica comercial para mermar de forma importante la libertad de elección o conducta de los consumidores⁹⁷. En este supuesto, el legislador comunitario no exige probar que ha habido incumplimiento de la diligencia profesional, puesto que está claro que las conductas constitutivas de prácticas agresivas, es decir, el acoso, la coacción y la influencia indebida, siempre son violatorias de los requisitos de la diligencia profesional. Por esta misma razón, no se hace referencia a la distorsión sustancial del comportamiento económico del consumidor, pues se presume que esas prácticas agresivas son concluyentes para desviar el comportamiento económico del consumidor. Esto explica que en el artículo 8, la condición sustancial esté determinada por la exigencia de que la práctica comercial induzca o pueda inducir al consumidor

⁹⁵ Vid. López Santos, “La Directiva sobre prácticas comerciales desleales: antecedentes, descripción y comentario crítico”, *Autocontrol*, nº 104 (enero 2006), p. 14 y ss.

⁹⁶ Vid. Anxo, T. “Una primera aproximación al régimen jurídico...”, *ob. cit.*, p. 431.

⁹⁷ Vid. *idem*, p. 432; y Vid. también González, L. “La Directiva 2005/29/CE relativa a las prácticas comerciales desleales en materia de protección de los consumidores: entre el objetivo de una armonización total y el enfoque de plena armonización”, *Derecho de los negocios*, nº 181, 2005, p. 17, y Massaguer, J. *El nuevo derecho contra la competencia desleal...*, *ob. cit.*, p. 132.

medio “a tomar una decisión sobre una transacción que de otra forma no hubiera tomado”⁹⁸.

Sin perder de vista la referencia hecha a las prácticas molestas, del contenido del artículo 8 de la Directiva 2005/29/CE, es fácil deducir que la finalidad perseguida por el legislador comunitario al prohibir las prácticas agresivas reside precisamente en la protección de la libertad de elección del consumidor para elegir la oferta más conveniente, más que en la protección de su esfera privada; y esta idea parece reforzarse porque la prohibición de este tipo de prácticas está sujeta a un principio de *mínimis*, puesto que la citada norma es sólo aplicable cuando el acoso, la coacción o la influencia indebida mermen o puedan mermar “de forma importante” la libertad de elección del consumidor⁹⁹. La propia Directiva 2005/29/CE establece en su artículo 9 los criterios que permiten determinar cuándo una práctica es agresiva a fin de establecer una distinción entre las prácticas agresivas y las prácticas lícitas¹⁰⁰. Se trata de elementos relativos al momento en el que la práctica se realiza, su naturaleza y persistencia (letra a), el empleo de amenazas físicas o verbales (letra b), la explotación de la desgracia ajena o circunstancias especiales del consumidor de los que el agente comercial tenga conocimiento, que mermen la capacidad de discernimiento del consumidor e influyan en su decisión respecto al producto (letra c). Además, se tendrá en cuenta si el agente comercial impone un obstáculo no contractual desproporcionado cuando el consumidor haga valer sus derechos derivados del contrato que les vincula (letra d). Asimismo, se estimará que se ha producido una influencia injustificada si el agente comercial amenaza con intentar una acción cuando ésta no sea legalmente posible (letra e)¹⁰¹.

⁹⁸ Vid. Howells, en Howells, Micklitz y Wilhelmsson, *European Fair Trading Law*, *ob. cit.*, p. 172.

⁹⁹ Vid. Fernández Novoa, C. “La Directiva Comunitaria sobre prácticas comerciales desleales”, *Diario La Ley*, n° 6408, 26 de enero de 2006, ref. D-24, p.1339,

¹⁰⁰ Vid. Touchent, “La proposition de directive sur les pratiques commerciales déloyales”, *Les Petites affiches*, Vol. 392, n° 153, 2003, pág. 3. citado por Panayota, B., *ob. cit.*, p. 28, para quien la razón por la que el legislador comunitario establece estos criterios estriba en la delgada línea que puede separar en algunos casos a una práctica lícita de una práctica agresiva.

¹⁰¹ Así se recoge en el artículo 9 de la Directiva 2005/29/CE. “Utilización del acoso, la coacción y la influencia indebida”. “Para determinar si una práctica comercial hace uso del acoso, la coacción, con inclusión del uso de la fuerza, o la influencia indebida se tendrán en cuenta: a) el momento y el lugar en que se produce, su naturaleza o su persistencia; b) el empleo de un lenguaje o un comportamiento amenazador o insultante; c) la explotación por parte del agente comercial de cualquier infortunio o circunstancia específicos lo suficientemente graves como para mermar la capacidad de discernimiento del consumidor, de los que el agente comercial tenga conocimiento, para influir en la decisión del consumidor con respecto al producto; d) cualesquiera obstáculos no contractuales onerosos o desproporcionados impuestos por el agente comercial cuando un consumidor desee ejercitar derechos

En general, en el tratamiento que se dispensa a las prácticas comerciales agresivas en los artículos 8 y 9 de la Directiva 2005/29/CE, se aprecian elementos relativos, por una parte, a la indebida presión de compra, que comprende la mayoría de los supuestos examinados, y que se fundamenta en la aptitud de dicha práctica para influir de forma reprochable en la conducta de mercado de los consumidores; y por otra parte, a las prácticas molestas (como la realización de visitas a domicilio, o la realización de proposiciones no solicitadas y persistentes por teléfono y otros medios de comunicación a distancia, a las que se refieren los apartados 25) y 26) del Anexo I), cuyo fundamento se encuentra en un ataque injustificado del ámbito privado del consumidor y en la transformación de ese entorno privado en el contexto para la lucha concurrencial, todo ello, sin que el reproche de deslealtad se condicione a que el ataque al ámbito privado del consumidor pueda influir en el comportamiento económico del mismo¹⁰².

c. Acoso, coacción e influencia indebida

De las conductas citadas como prácticas comerciales agresivas: acoso¹⁰³, coacción¹⁰⁴ e influencia indebida, la Directiva 2005/29/CE sólo brinda la definición de influencia indebida¹⁰⁵. Establecer las diferencias entre estos supuestos no es tarea fácil¹⁰⁶. De hecho, aparte de la citada definición, la Directiva 2005/29/CE establece en su Anexo I algunas prácticas que no parecen corresponderse ni con esa descripción, ni con lo que se entiende por acoso o coacción, por ejemplo, la persuasión de compra a los

previstos en el contrato, incluidos el derecho de poner fin al contrato o el de cambiar de producto o de agente comercial; e) la amenaza de ejercer cualquier acción que, legalmente, no pueda ejercerse”.

¹⁰² Vid. Massaguer, J. El nuevo derecho contra la competencia desleal..., *ob. cit.*, p. 131.

¹⁰³ Vid. *idem*, p. 133, quien lo define así: “...(*omissis*) el acoso consiste en perseguir, importunar, incomodar o apremiar al consumidor como medio de obtener su decisión de compra o determinar su comportamiento en el marco de la relación ya establecida”.

¹⁰⁴ Vid. *idem*, p. 134, para quien: “... (*omissis*) la coacción parece perfilarse en torno al uso de la fuerza, tanto física como de otra naturaleza, y a la amenaza del uso de esa fuerza física o de otra naturaleza”.

¹⁰⁵ Vid. *supra* nota al pie nº 91

¹⁰⁶ Vid. Massaguer, J. El nuevo derecho contra la competencia desleal, *ob. cit.*, p. 134 para quien: “Las diferencias entre estos supuestos no son fáciles de establecer, como muestra a las claras el que en la legislación interna alemana queden todos ellos comprendidos en la categoría de la influencia indebida en la libertad de decisión de los afectados (*Cfr.* Baumbach/Hefermehl/Kohler, Wettbewerbsrecht, 23 ed., C.H. Beck, Munich, & 4, Rdn. 1.1 a 1.11, pp. 192 a 195)”.

niños, incluida en el apartado 28) del Anexo I como práctica comercial agresiva¹⁰⁷, no sólo es extraña a la utilización de una posición de poder en relación con el consumidor para ejercer presión (lo que se entiende como influencia indebida según el artículo 2 j) de la Directiva 2005/29/CE), sino que tampoco se corresponde con las nociones de acoso o de coacción¹⁰⁸.

Para establecer si la práctica comercial enjuiciada hace uso del acoso, la coacción o la influencia indebida, se atenderán las circunstancias señaladas en el artículo 9 de la Directiva 2005/29/CE, así como a los criterios en los que se basa la calificación de los casos contenidos en el listado de prácticas comerciales agresivas del Anexo I. También se ha de considerar la observación hecha por la propia Directiva 2005/29/CE, de que las prácticas contrarias al buen gusto y al decoro quedan fuera del ámbito de aplicación de la misma, en la medida en que no limiten la libertad de elección de los consumidores¹⁰⁹.

d. Acoso

En la Directiva 2005/29/CE, el acoso se materializa en las siguientes prácticas comerciales: la explotación por parte del agente comercial de cualquier infortunio o circunstancia específicos lo suficientemente graves como para mermar la capacidad de discernimiento del consumidor, de los que el agente comercial tenga conocimiento, para influir en la decisión del consumidor con respecto al producto¹¹⁰; cualesquiera obstáculos no contractuales onerosos o desproporcionados impuestos por el agente comercial cuando un consumidor desee ejercitar derechos previstos en el contrato, incluidos el derecho de poner fin al contrato o el de cambiar de producto o de agente comercial¹¹¹; realizar visitas en persona al domicilio del consumidor, ignorando las peticiones de éste de que el agente comercial abandone su casa o no vuelva a personarse

¹⁰⁷ Vid. Howells, G., Micklitz, H., y Wilhelmsson, T. "Towards a better understanding ...", *ob. cit.*, p. 77, quienes al respecto señalan: "With this category of unfair practices we may also see the clearest recognition of concern for the vulnerable consumer; because it is consumers who are vulnerable in some way, that are least able to withstand the aggressive practices. However, it should not be underestimated how easily even average consumers can succumb to some forms of aggressive practices. Controls on doorstep solicitations recognize that many people can lose their critical faculties when having to make a transaction in their home, perhaps late at night after several hours of hard selling".

¹⁰⁸ Vid. Massaguer, J. El nuevo derecho contra la competencia desleal..., *ob. cit.*, p. 132

¹⁰⁹ Vid. *idem*, p. 133 y Cdo. (7) de la Directiva 2005/29/CE

¹¹⁰ Vid. artículo 9 c) de la Directiva 2005/29/CE

¹¹¹ Vid. artículo 9 d) y apartado 27 del Anexo I de la Directiva 2005/29/CE

en ella, salvo en las circunstancias y en la medida en que esté justificado, con arreglo a la legislación nacional, para hacer cumplir una obligación contractual, así como realizar proposiciones no solicitadas y persistentes por teléfono, fax, correo electrónico u otros medios a distancia¹¹²; incluir en una publicidad una exhortación directa a los niños para que compren o convenzan a sus padres u otros adultos de que les compren los productos anunciados¹¹³; exigir el pago inmediato o aplazado, la devolución o la custodia de productos suministrados por el agente comercial, pero que no hayan sido solicitados por el consumidor (suministro no solicitado)¹¹⁴; o informar expresamente al consumidor de que el trabajo o el sustento del agente comercial corren peligro si el consumidor no adquiere el producto o servicio¹¹⁵.

Del examen de todos estos supuestos se concluye que el acoso presupone un cierto contacto personal entre el empresario y el consumidor, y es aquí donde se debe reconocer la licitud o ilicitud de las prácticas de publicidad y marketing directo que la doctrina alemana tradicionalmente había incluido bajo el concepto de publicidad molesta. Sin embargo, no pueden considerarse como acoso todas las prácticas comerciales que supongan un contacto personal entre el empresario y el consumidor¹¹⁶. El legislador comunitario considera entre las prácticas comerciales agresivas *per se* ciertas técnicas de marketing directo, como la publicidad por teléfono o a domicilio (numerales 25 y 26 del Anexo I), siempre que sean persistentes y se produzcan pese a la oposición del consumidor. A ello se ha de sumar que el acoso debe ser susceptible de influir en la libertad de elección del consumidor medio, y debe ser valorado atendiendo a las circunstancias de hecho que rodean al caso concreto, tal y como lo prevé el propio artículo 8 al señalar como agresiva toda práctica comercial que, “en su contexto fáctico, teniendo en cuenta todas sus características y circunstancias...”

Ahora bien, del examen del grupo de prácticas comerciales agresivas de acoso recogidas por el Anexo I, no parece difícil llegar a la conclusión de que bajo el amparo de la Directiva 2005/29/CE puede también considerarse como práctica comercial agresiva de acoso, la realización de ofertas molestas, tales como la publicidad a la que el

¹¹² Vid. apartados 25) y 26) del Anexo I de la Directiva 2005/29/CE

¹¹³ Vid. apartado 28) del Anexo I de la Directiva 2005/29/CE

¹¹⁴ Vid. apartado 29) del Anexo I de la Directiva 2005/29/CE

¹¹⁵ Vid. apartado 30) del Anexo I de la Directiva 2005/29/CE

¹¹⁶ Vid. Anxo, T. “Una primera aproximación al régimen jurídico...”, *ob. cit.*, p. 433.

destinatario queda expuesto contra su consentimiento y sin poder evitarla¹¹⁷, como *ad. ex.*, la publicidad directa en la calle, la publicidad no deseada en buzones, la publicidad audiovisual en aviones y otros medios de transporte; la apelación a los sentimientos para la adopción de una decisión¹¹⁸, como *ad. ex.*, la compasión, el miedo, la xenofobia, etc.; prevalerse de las relaciones personales para hacer llegar la oferta y obtener la decisión de compra de otros¹¹⁹, *ad. ex.*, de una relación de parentesco o de una relación social, como son las relaciones de vecindad, de amistad, de trabajo o similar, de la que con frecuencia se valen ciertas modalidades de promoción de ventas como las ofertas a prescriptores y el padrinazgo, o ciertos sistemas de venta directa; o la colocación al consumidor en una situación embarazosa, etc.¹²⁰. Como bien hemos visto, el artículo 9 ofrece un catálogo de circunstancias que deben ser tomadas en consideración a la hora de calificar una práctica comercial como acoso, coacción o influencia indebida. De estas circunstancias, las que se refieren al momento y al lugar en que se produce la práctica comercial, su naturaleza o su persistencia (letra a), poseen una especial relevancia a la hora de calificar una concreta práctica como acoso.

En relación con el ámbito temporal en que se produce la práctica comercial, es decir, en el momento en que se produce el contacto personal entre el agente comercial y el consumidor, su relevancia es obvia, puesto que en este momento las posibilidades de ejercer presión a fin de determinar la voluntad de elección del consumidor, aumentan considerablemente y se ven incrementadas si el contacto tiene lugar, *ad. ex.*, a través de llamadas telefónicas por la noche o a través de visitas domiciliarias que se prolongan hasta muy tarde¹²¹. En relación con el ámbito espacial, es decir, el lugar en el que se produce el encuentro entre el empresario y el consumidor, hay que decir que ese contacto puede ser calificado como acoso cuando se produce en un ámbito privado, como el hogar, pues el consumidor se ve expuesto psicológicamente a una posición potencialmente vulnerable, debido al deseo natural de la mayoría de las personas de agradar a los extranjeros en su hogar, o cuando el encuentro se produce en un lugar

¹¹⁷ Aparte de los supuestos de los apartados 25) y 26) del Anexo I de la Directiva 2005/29/CE

¹¹⁸ Aparte del supuesto que cabe en el apartado 30) del Anexo I de la Directiva 2005/29/CE

¹¹⁹ Aparte del supuesto del apartado 28) y del que cabe en el apartado 30) del anexo I de la Directiva 2005/29/CE

¹²⁰ Todos los ejemplos y supuestos están citados por Massaguer, J., El nuevo derecho contra la competencia desleal..., *ob. cit.*, p. 134.

¹²¹ *Vid.* Anxo, T. "Una primera aproximación al régimen jurídico...", *ob. cit.*, p. 435.

donde los consumidores normalmente no se encuentran expuestos a las técnicas de marketing directo¹²².

Otro aspecto de especial relevancia es el relativo a la condición de vulnerabilidad del consumidor, es decir, aquellos consumidores que por su edad, credulidad o dolencias físicas o mentales, son de más fácil acceso y por consiguiente son más vulnerables a ser seducidos (acosados) por el acercamiento del empresario, aun cuando no concurren las especiales circunstancias relativas al momento o al lugar en que se desarrolla la práctica comercial. Dentro de la especial vulnerabilidad del consumidor, la propia Directiva califica como un indicio para determinar si una práctica comercial constituye acoso, la explotación por parte del agente comercial de cualquier infortunio o circunstancia específicos, lo suficientemente graves, como para mermar la capacidad de discernimiento del consumidor, de los que el agente comercial tenga conocimiento, para influir en la decisión del consumidor con respecto al producto¹²³.

e. Coacción

La coacción implica el ejercicio de prácticas comerciales destinadas a producir en el consumidor la sensación de que si quiere evitar una situación negativa o alcanzar un determinado beneficio, debe aceptar la oferta presentada, es decir, que el empresario logra el consentimiento del consumidor a través de la amenaza ilegítima de exponerlo a una situación negativa o bien ofreciéndole un beneficio irreal¹²⁴.

¹²² Vid. *idem*, p. 435; Vid. Howells, en Howells, Micklitz y Wilhelmsson, *European Fair Trading Law*, *ob. cit.*, pag. 182.

¹²³ Vid. Anxo, T. “Una primera aproximación al régimen jurídico...”, *ob. cit.*, p. 436-437, para quien: “... (omissis) esta previsión de la Directiva, a mi juicio, podría permitir la calificación como agresivas (y, por ende, desleales) de dos conductas tradicionalmente calificadas por la jurisprudencia alemana como publicidad molesta. Me refiero a la publicidad en el lecho de muerte (esto es, la visita personal a los familiares de una persona en los momentos previos o inmediatamente posteriores a su fallecimiento con el fin de comercializar servicios funerarios) y la publicidad en caso de accidente (esto es, la visita personal a las personas que se acaban de ver involucradas en un accidente con el fin de comercializar productos o servicios relacionados con la solución de sus consecuencias, tales como servicios de grúa, de reparaciones, etc.). Ambas conductas presentan una característica común: el fallecimiento de un ser querido o el accidente recientemente acaecido provocan un estado de shock o de especial vulnerabilidad en los afectados, haciendo que éstos puedan aceptar las ofertas comerciales que primero se les presenten sin valorarlas adecuadamente, circunstancia ésta de la que pretende aprovecharse el empresario”.

¹²⁴ Vid. *idem*, p. 437, quien define como coacción: “toda aquella conducta a través de la cual se transmite de forma implícita al consumidor el mensaje según el cual la aceptación de la oferta o de ciertos extremos de ésta constituyen una condición para evitar una situación negativa o alcanzar un determinado beneficio,

En relación con la coacción, la Directiva 2005/29/CE, establece como supuestos los siguientes: el uso de la fuerza física para arrancar la decisión a los consumidores¹²⁵, el empleo de lenguajes y comportamientos amenazadores e insultantes con la finalidad de arrancar el consentimiento¹²⁶, la amenaza de ejercer cualquier acción que legalmente no pueda ejercerse¹²⁷, así como crear la impresión de que el consumidor no puede abandonar el local hasta haber perfeccionado el contrato¹²⁸.

La utilización de la fuerza física y/o la amenaza son vías para forzar la decisión de compra del consumidor. Estas dos conductas son referidas en el artículo 9 de la Directiva 2005/29/CE como determinantes para calificar una práctica comercial como agresiva. Sin lugar a dudas, el uso o la amenaza de la fuerza física constituyen el ejemplo más evidente de coacción¹²⁹. Está claro que del contenido del artículo 8 se desprende que la coerción puede incluir el uso de la fuerza física¹³⁰, pero esto no significa que se limite a la coerción física¹³¹. En relación con la coacción psicológica habría que determinar si la situación explota una “posición de poder”, porque en ese caso podría ser posible caracterizarla como una influencia indebida, sin embargo, en

siempre que la situación negativa que se hace pender sobre el consumidor no sea legítima o el beneficio a alcanzar no sea real”.

¹²⁵ Vid. artículo 9 de la Directiva 2005/29/CE

¹²⁶ Vid. artículo 9.b) de la Directiva 2005/29/CE

¹²⁷ Vid. artículo 9.e) de la Directiva 2005/29/CE

¹²⁸ Vid. apartado 24) del Anexo I de la Directiva 2005/29/CE

¹²⁹ Vid. Anxo, T. “Una primera aproximación al régimen jurídico...”, *ob. cit.*, p. 438.

¹³⁰ Se evidencia específicamente cuando el legislador señala: “Se considerará agresiva toda práctica comercial que, en su contexto fáctico, teniendo en cuenta todas sus características y circunstancias, merme o pueda mermar de forma importante, mediante el acoso, la coacción, incluido el uso de la fuerza, o la influencia indebida...(omissis). (Subrayado nuestro).

¹³¹ No obstante esta apreciación, *vid.* Massaguer, J., El nuevo derecho contra la competencia desleal..., *ob. cit.*, pp. 134-135, quien después de hacer referencia a los supuestos relativos a la coacción del artículo 9 de la Directiva 2005/29/CE, en relación con la coacción moral señala: “A la luz de estos casos parece posible excluir que la noción de coacción que maneja la Directiva 2005/29/CE incluya la coacción psicológica, cuyo empleo, en cuanto tiene de medio inoportuno, esto es, molesto, puede ser en cualquier caso considerado como constitutivo de acoso, y en cuanto resulta del sometimiento al poder del oferente, es un caso de influencia indebida, lo que sin embargo no parece que pueda comprender todos los supuestos de presión psicológica que, en atención a la naturaleza del producto y a las características de los destinatarios de la práctica, pueden razonablemente considerarse desleales (con independencia de que en algunos casos existan normas que los prohíban), como son las indicaciones de que el consumo de cierto producto contribuye a la mejora de la aceptación o a la consecución de éxitos sociales, a la superación de problemas personales de timidez o similares, a la obtención de beneficios no asociados a las propiedades del producto, etc., que por ello deberán ser enjuiciados a la luz de la prohibición general”.

muchos casos sería más fácil tratar estos supuestos como coerción para evitar las posibles discusiones que rodean el significado de la posición de poder¹³².

El legislador comunitario también reconoce como una condición susceptible de determinar el consentimiento del consumidor, la práctica que consiste en amenazar al consumidor con el ejercicio de cualquier acción que legalmente no pueda ejercerse, es decir, cuando la amenaza que se cierne sobre el consumidor para determinar su libertad de elección no es de tipo físico o moral, sino jurídico¹³³. La coacción se materializa cuando la amenaza jurídica no es procedente, y en consecuencia es ilegítima.

De igual manera, ante la ausencia de amenazas, también es posible calificar como coacción, aquellas prácticas comerciales que imponen al consumidor cargas excesivas como mecanismo para evitar el ejercicio de ciertos derechos o para forzar la aceptación de los productos o servicios promocionados. La aceptación por el consumidor de estos productos o servicios, se presenta como una condición que debe asumir para evitar una situación negativa, aun cuando esta situación no supone un riesgo físico o jurídico para el consumidor, sino que se trata de asumir cargas, a las que no tendrá que hacer frente, si acepta los productos o servicios, o renuncia al ejercicio de sus derechos¹³⁴. De esta forma, el artículo 9 de la Directiva 2005/29/CE señala como práctica comercial que hace uso de la coacción, la imposición al consumidor de parte del agente comercial de cualquier obstáculo no contractual¹³⁵ oneroso o desproporcionado, cuando un consumidor desee ejercitar derechos previstos en el contrato.

La Directiva 2005/29/CE incluye además, como supuesto que coacciona al consumidor, la práctica comercial que consiste en el suministro por parte del agente comercial de mercancías no solicitadas por el consumidor, para exigir posteriormente el

¹³² Vid. Howells, G., en Howells, Micklitz y Wilhelmsson, *European Fair Trading Law*, *ob. cit.*, p. 184, quien al respecto señala: "It may be possible to give "position of power" a very broad reading which would include most consumer transactions given the natural imbalance of power between consumers and traders, but the concept must be intended to cover a narrower range of situations".

¹³³ Vid. Anxo, T. "Una primera aproximación al régimen jurídico...", *ob. cit.*, p. 438.

¹³⁴ Vid. *idem*.

¹³⁵ Para Anxo, T. *vid. idem*, p. 439, "... (*omissis*) la referencia de la Directiva al hecho de que las cargas u obstáculos impuestos no cuenten con el amparo contractual pone de manifiesto que, en este tipo de situaciones, la situación a la que debe enfrentarse el consumidor si no cede a las presiones del empresario no puede ser legítima".

pago inmediato o aplazado, la devolución o la custodia de los productos suministrados¹³⁶. De acuerdo con lo establecido por la Directiva, cualquier reclamación o exigencia por parte del empresario, podrá ser calificada como práctica comercial agresiva, y en consecuencia, desleal. También entran dentro de las prácticas comerciales que se sirven de coacción, aquellas en las que se le ofrece al consumidor una ventaja o beneficio a cambio de aceptar la oferta o ciertos extremos de la misma, siempre y cuando la ventaja o beneficio ofrecido sean irreales, con lo cual, además, también podrían calificarse como prácticas engañosas¹³⁷. En este supuesto, la ventaja o beneficio realmente no existe, o existiendo, implica una carga económica para el consumidor la cual disminuye la ventaja ofrecida¹³⁸.

En general, una práctica comercial hace uso de la coacción, si a través de un mensaje explícito o implícito, da a conocer al consumidor que la aceptación de la oferta comercial o de ciertos extremos de la misma le evitará una situación negativa ilegítima o le permitirá alcanzar una determinada ventaja o beneficio inexistente o irreal. Por lo tanto, siendo esto así, la calificación de una conducta como coacción dependerá no tanto de los términos literales en los que aquella se manifieste como de la forma en que pueda ser percibida por el consumidor medio normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz.

Aparte de los ámbitos espacial y temporal en que se produzca la práctica (como se indicó para el caso del acoso), un aspecto decisivo -reconocido en el literal a) del artículo 9 de la Directiva 2005/29/CE- a la hora de calificar una práctica como coacción es su persistencia, aun en aquellos casos en los que el momento y el lugar elegidos por el empresario para acceder al consumidor sean oportunos y/o habituales¹³⁹. Ahora bien,

¹³⁶ Vid. Anexo I, nº 29) “Exigir el pago inmediato o aplazado, la devolución o la custodia de productos suministrados por el agente comercial, pero que no hayan sido solicitados por el consumidor (suministro no solicitado), salvo cuando el producto en cuestión sea un producto de sustitución suministrado de conformidad con lo establecido en el artículo 7, apartado 3, de la Directiva 97/7/CE”.

¹³⁷ Vid. Anxo T., “Una primera aproximación al régimen jurídico...”, *ob. cit.*, p. 440

¹³⁸ Vid., en este sentido, el Anexo I de la Directiva 2005/29/CE, nº 31) “Crear la impresión falsa de que el consumidor ha ganado ya, ganará, o conseguirá si realiza un acto determinado, un premio o cualquier otra ventaja equivalente, cuando en realidad no existe tal premio o ventaja equivalente, o la realización de una acción relacionada con la obtención del premio o ventaja equivalente está sujeta a la obligación por parte del consumidor, de efectuar un pago o incurrir en un gasto”.

¹³⁹ Vid. Anxo, T. “Una primera aproximación al régimen jurídico...”, *ob. cit.*, p. 435, quien señala: “Así lo demuestra el hecho de que sea la propia Directiva la que en su Anexo tipifique como práctica agresiva el hecho de “realizar proposiciones no solicitadas y persistentes por teléfono, fax, correo electrónico u otros

la concurrencia de estas circunstancias excepcionales relativas al lugar o momento en que se desarrolla la correspondiente conducta, o a la persistencia de ésta, no siempre tendrán que estar presentes a la hora de calificar una práctica comercial como agresiva puesto que, como ha quedado advertido, existen determinadas situaciones en que el consumidor se encuentra sometido a especiales circunstancias que lo hacen más débil o vulnerable, hallándose impedido para ejercer resistencia ante las presiones ejercidas por el empresario. En efecto, esta situación de debilidad puede implicar, por regla general, un menor grado de fortaleza en el consumidor frente a las presiones que pueda ejercer el empresario.

Es posible afirmar que la Directiva 2005/29/CE recoge, con carácter general, ciertas situaciones de debilidad que se deben a características objetivas del consumidor¹⁴⁰, como son los casos en que los destinatarios de la práctica sean grupos claramente identificables de consumidores que son especialmente vulnerables a las prácticas comerciales o a los bienes y servicios a los que se refieran, por padecer estos últimos una dolencia física o un trastorno mental o por su edad o su credulidad¹⁴¹.

f. Influencia indebida

El vínculo de poder que se deriva de la definición de influencia indebida que brinda la Directiva 2005/29/CE en el artículo 2.j), puede proceder de una relación jurídica con una empresa, como un contrato de trabajo o de otra naturaleza, en cuyo supuesto se exige que sea eficaz y suficiente para determinar la conducta de mercado del consumidor que se encuentra en situación de subordinación. Particularmente cabe destacar la situación en la que la empresa crea la falsa impresión de que el consumidor ha ganado ya, ganará, o conseguirá un premio o cualquier otra ventaja equivalente si realiza un acto determinado, cuando en realidad no existe tal premio o ventaja equivalente, o la realización de una acción relacionada con la obtención del premio o

medios a distancia”, así como la práctica consistente en “realizar visitas en persona al domicilio del consumidor, las peticiones de éste de que el agente comercial abandone su casa o no vuelva a personarse en ella”.

¹⁴⁰ *Vid. idem*

¹⁴¹ *Vid.* artículo 5.3 de la Directiva 2005/29/CE.

ventaja equivalente está sujeta a la obligación, por parte del consumidor, de efectuar un pago o incurrir en un gasto¹⁴².

g. Aptitud de la práctica agresiva para debilitar la libertad de elección del consumidor

Otro requisito que exige el artículo 8 de la Directiva 2005/29/CE para que pueda constituirse una práctica comercial agresiva, y por ende, desleal, es la aptitud que debe tener dicha práctica para mermar de forma considerable la libertad de elección de los consumidores, inclinándolos a adoptar decisiones que de otra forma no habrían adoptado. De modo que el acoso, la coacción o la influencia indebida que han sido empleados por el empresario, sitúan al consumidor en la posición de decidir contratar el bien o servicio ofertado o en la posición de no ejercitar acciones tendentes a evitar la molestia, la fuerza física o moral que sufre o con la que se le amenaza, o las consecuencias negativas que se derivan por no convenir con la empresa que abusa de su poder¹⁴³.

h) Examen objetivo / subjetivo

El propio artículo 8 de la Directiva 2005/29/CE se encarga de exigir que el examen para establecer la existencia de un acoso, coacción o influencia indebida que tenga aptitud para mermar la libertad de decisión del consumidor, se haga en su propio contexto fáctico, y aún cuando no hace referencia expresa a ello, han de ser considerados, además, el momento y lugar en que se produce, con especial tratamiento de aquellas situaciones en las que el consumidor tiene disminuida su capacidad de discernir, o aquellas en que se ha empleado un lenguaje o comportamiento amenazador o insultante, o aquellas otras que han obstaculizado el ejercicio de los derechos que corresponden al consumidor de acuerdo con el contrato, con especial referencia a los derechos de desistimiento unilateral, o de cambio de producto o proveedor, o aquellas que consistan en amenazar con el ejercicio de acciones improcedentes¹⁴⁴.

Algunas de las prácticas comerciales agresivas del Anexo I no parecen ser razonablemente aptas para mermar la libertad de elección de los consumidores

¹⁴² Vid. apartado 31) del Anexo I de la Directiva 2005/29/CE

¹⁴³ Vid. Massaguer, J., El nuevo derecho contra la competencia desleal..., *ob. cit.*, p. 137.

¹⁴⁴ Vid. *idem*

(concretamente las visitas a domicilio y el envío de publicidad no deseados¹⁴⁵), razón por la cual el juicio de deslealtad, en este caso, se fundamenta en el hecho de que la actividad de captación de la atención de los consumidores, se traslada indebidamente, sin consentimiento de los afectados, a la esfera privada de las personas, la cual no constituye un espacio aceptable para el desarrollo de la actividad concurrencial¹⁴⁶.

No obstante ello, los Estados miembros no han de prescindir de la aptitud de la práctica comercial agresiva para influir en la conducta de los consumidores como presupuesto del reproche de deslealtad de las demás prácticas comerciales que se valgan del acoso, coacción o influencia indebida, incluso en aquellos supuestos que puedan suponer modalidades de publicidad molesta, puesto que de acuerdo con la Directiva 2005/29/CE, los Estados miembros pueden seguir prohibiendo en sus territorios, de conformidad con la legislación comunitaria, determinadas prácticas comerciales por motivos de buen gusto o decoro, aun cuando dichas prácticas no limiten la libertad de elección de los consumidores¹⁴⁷.

XII. Prácticas agresivas bajo cualquier circunstancia

Al igual que en el caso de las prácticas engañosas, en el Anexo I de la Directiva 2005/29/CE se enumeran, en una lista no exhaustiva, las prácticas que se consideran agresivas bajo cualquier circunstancia¹⁴⁸. Como ha quedado apuntado, la calificación de estas prácticas comerciales como agresivas, queda sujeta a la comprobación de las circunstancias de hecho que las individualiza en el Anexo I. En consecuencia el juicio de deslealtad de las prácticas no exige la comprobación de la presencia de acoso, coacción o influencia indebida que mermen o puedan mermar la libertad de elección y decisión de los consumidores. Al igual que en las prácticas engañosas bajo cualquier circunstancia, incluir una práctica comercial dentro de los supuestos de prácticas comerciales agresivas requiere realizar juicios valorativos que impiden formular automáticamente el reproche de deslealtad, como *ad. ex.*, las expresiones “crear la impresión”, “esté justificado”, “que no puedan razonablemente considerarse”, etc. De

¹⁴⁵ Vid. apartados 25) y 26) del Anexo I de la Directiva 2005/29/CE

¹⁴⁶ Vid. Massaguer, J., El nuevo derecho contra la competencia desleal..., *ob. cit.*, p. 138.

¹⁴⁷ Vid. *idem*

¹⁴⁸ Vid. Continuación del Anexo I. Prácticas comerciales agresivas. A partir del ítem 24).

otra parte, si concurren otros supuestos de hecho, distintos a los señalados en el Anexo I, deberá enjuiciarse la deslealtad de la práctica comercial bajo el perfil de las prohibiciones generales de prácticas comerciales agresivas (o engañosas)¹⁴⁹.

XIII. Las prohibiciones de prácticas comerciales engañosas y agresivas: su relación con la prohibición general.

Con la inclusión de las prácticas comerciales engañosas y agresivas, la Directiva 2005/29/CE ha desarrollado la prohibición general contenida en el artículo 5.1; en consecuencia, las normas que las regulan conservan la misma estructura que permite definir la práctica comercial como conducta que sustenta la prohibición general comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva, y a los fines de establecer el reproche de deslealtad o juicio de desvalor, se exigen los mismos requisitos o condiciones¹⁵⁰.

Así pues, puede observarse que, en la estructura de las prohibiciones de las prácticas comerciales engañosas y agresivas, se reflejan casos en los que una práctica comercial es contraria a los requisitos de la diligencia profesional, *ad. ex.*, comunicación de información falsa o adecuada para inducir a error, omisión de información sustancial, y utilización de acoso, coacción o influencia indebida, etc.; asimismo, se detallan los supuestos en que esas prácticas pueden distorsionar sustancialmente el comportamiento económico de los consumidores. De esta forma, se aprecia el carácter autónomo de la práctica comercial engañosa o agresiva, sin que sea menester condicionar el reproche de deslealtad a que concurran los presupuestos de la prohibición general. De la misma forma, si una práctica comercial ha sido enjuiciada según los artículos 6 a 9 de la Directiva 2005/29/CE, se agota el reproche de deslealtad que por engaño o agresión se haya formulado, y ya no es posible establecer su deslealtad por medio de la aplicación de la prohibición general. Ahora bien, interesa destacar desde una perspectiva sistemática, que la prohibición general del artículo 5 de la Directiva 2005/29/CE

¹⁴⁹ Vid. Massaguer, J., El nuevo derecho contra la competencia desleal..., *ob. cit.*, p. 139

¹⁵⁰ Vid. *idem*, p. 98, quien al respecto señala: "...(*omissis*) las prohibiciones de las prácticas comerciales engañosas y agresivas no modifican el fundamento del juicio de desvalor ni tampoco la estructura o la naturaleza de la prohibición general y, en particular, no amplían ni reducen el reproche de deslealtad reservado a estas prácticas por comparación con el que resulta de la prohibición general. Por el contrario, asumen todos los elementos que definen la noción de práctica comercial y que componen la prohibición general de las prácticas comerciales desleales y se limitan, en lo esencial, a concretar o especificar ciertos extremos de hecho".

establece la determinación general de los atributos peculiares del ilícito de deslealtad, a los que queda sujeta en todo caso, la formulación del reproche de deslealtad de las prácticas comerciales engañosas y agresivas, por tratarse de normas destinadas al desarrollo de la prohibición general, y no de normas especiales en sentido estricto. El ilícito de deslealtad recogido en la prohibición general es un ilícito extracontractual, objetivo y de peligro, a lo que hay que sumarle la exigencia de determinar la reacción del consumidor medio, o del miembro medio del grupo al que se dirige la práctica o del consumidor especialmente vulnerable medio de los afectados por la práctica, a fin de establecer si una práctica es engañosa o agresiva¹⁵¹.

IX. Conclusiones

La función primaria de toda legislación protectora del consumidor es ampararlo contra las influencias externas que puedan afectar, en forma adversa, la toma de decisiones de mercado, esto es, que distorsionen o puedan distorsionar de manera sustancial su comportamiento económico o que lo lleven a tomar decisiones transaccionales que de otra manera no hubiera tomado. La estructura general de la Directiva 2005/29/CE permite cubrir este objetivo. Ello se aprecia en las provisiones de la Directiva donde el criterio dominante para calificar una práctica comercial como desleal es que sea capaz de torcer el comportamiento económico de los consumidores, o bien, que le empuje a tomar decisiones que de otra forma no habría tomado. De la estructura general de la Directiva 2005/29/CE, tres aspectos importantes cabe resaltar: primero, la inclusión de una cláusula general; segunda, la referencia expresa al consumidor medio y al consumidor relevante; y tercero, la discriminación de las prácticas comerciales en acciones y omisiones engañosas y en prácticas agresivas, con la inclusión de las respectivas listas que califican a las prácticas como desleales bajo “cualquier circunstancia”. Una evaluación general de esta configuración obtendría una valoración positiva. Ahora bien, un estudio más detallado de la normativa en cuestión permite observar ciertos aspectos que con toda seguridad serán de diversa interpretación en los distintos Estados miembros, razón por la cual no será de extrañar, de parte de los Tribunales nacionales, la consulta al TJCE a fin de que se precise su alcance y contenido. Algunos de estos aspectos recaen sobre el deber de adopción en las legislaciones nacionales de una cláusula general -mandato que puede resultar novedoso

¹⁵¹ Vid. Massaguer, J., El nuevo derecho contra la competencia desleal..., *ob. cit.*, p. 100

en algunas jurisdicciones como *ad. ex.*, el Reino Unido- con las posibles interpretaciones que se deriven de la propia inexperiencia a la hora de valorar cuáles prácticas comerciales han de ser juzgadas como desleales bajo el amparo del principio general de deslealtad; otros recaen sobre la calificación de algunas prácticas comerciales como prácticas agresivas; otros sobre el deber de información del agente comercial a fin de apreciar el engaño y por ende la deslealtad de la práctica; otros sobre los ámbitos no cubiertos por la Directiva, cuya línea de demarcación entre los que están dentro de la esfera de la Directiva y los que se dejan a la ley nacional es extremadamente difícil de dibujar, como es el buen gusto y el decoro. Sobre ello, en relación con las conductas calificadas como agresivas, de un examen más profundo, puede apreciarse que el legislador comunitario incluye en la Directiva 2005/29/CE algunas prácticas que no sólo son extrañas a la utilización de una posición de poder sino que tampoco se corresponden con las nociones de acoso o de coacción, como *ad. ex.*, la persuasión de compra a los niños. En general, bien mirados, los conceptos de acoso, coacción e influencia indebida implican –unos más que otros- presión física y/o psicológica que determina la decisión transaccional del consumidor, con lo cual la división en estas categorías puede en algún momento parecer desdibujarse e impedir encajar una práctica comercial determinada en un supuesto de hecho específico. Además, corresponderá al Tribunal en cuestión, comprobar si se trata de una presión ejercida por el agente comercial de forma legítima o, si por el contrario, se trata de una presión ilegítima, siempre tomando en consideración, como lo manda el legislador comunitario, el ámbito temporal y espacial en el que se desarrolla la práctica comercial.

Por otra parte, como ha quedado advertido, las prácticas engañosas constituyen otro pilar sobre el que se sustenta la Directiva 2005/29/CE. En relación con ellas es destacable el deber de información del agente comercial, y ello es así, porque valorar cuánta información se debe proporcionar o si un pedazo de información excluida puede causar algún engaño o deslealtad, es una tarea bastante delicada, puesto que no se trata de brindar una información falsa o falaz que pueda inducir a error (aquí la Directiva 2005/29/CE opera en forma similar a la Directiva 2006/114/CE) sino al contrario, de omitir o disimular una información sustancial sobre las cualidades del producto al consumidor, dando lugar de este modo a una decisión comercial que no habría sido tomada con conocimiento de causa, o cuando el agente comercial facilite estas

informaciones pero de manera poco clara, conduciendo al mismo resultado. Nuevamente, a la hora de calificar la omisión de una información los Tribunales han de analizar ciertos parámetros en atención a cada caso en concreto, teniendo en cuenta las circunstancias de hecho, la naturaleza de los productos a los que se refiera la práctica, los medios de difusión de la práctica, los medios de realización, etc., y el coste que para el agente comercial puede significar dar una información pormenorizada sobre el producto a comercializar. De esta forma, el legislador comunitario ha creado en la Directiva 2005/29/CE un deber de revelación (acceso) de la información a cargo del agente comercial, que constituye una primicia en muchos Estados miembros. Pues bien, si se parte de la base de que tanto la necesidad de información del consumidor como la probabilidad de que sea engañado por la omisión, va a depender en parte del contexto sociocultural, tomando en consideración los factores sociales, culturales y lingüísticos en el que se desarrolle la práctica, forzoso es concluir que la Directiva 2005/29/CE no conlleva a la uniformidad de criterios en el mercado interno. Otro aspecto que, siguiendo esta misma línea, puede probablemente prestarse a controversia, es el relativo a las materias de buen gusto y el decoro, por ser un ámbito donde es muy difícil deslindar cuáles materias permanecen fuera del alcance de la Directiva 2005/29/CE, en manos de las legislaciones nacionales, y cuáles son las materias propias de la deslealtad, que están dentro de su alcance.

No obstante las observaciones que preceden, en atención a los objetivos propuestos, en general, la valoración de la Directiva es positiva. Como ha quedado visto, todavía hay mucho camino que recorrer, para lograr la unificación de criterios en el mercado interior. La construcción de un concepto uniforme de deslealtad parece bastante distante, sobre todo si se toma en consideración que la deslealtad es un término cargado de muchos valores que están directamente vinculados con el entorno social y cultural de cada país. Como ha sido en muchas otras materias en Europa, la unificación parece estar en el tejado del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.